

ANDRÉ CARVALHO DA GAMA

**A INFORMAÇÃO COMO MITIGADORA DA VULNERABILIDADE NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO**

Brasília – DF

2012

ANDRÉ CARVALHO DA GAMA

**A INFORMAÇÃO COMO MITIGADORA DA VULNERABILIDADE NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe
Bessa.

Brasília – DF

2012

A Deus, pelo investimento e amor por mim demonstrados em Jesus.

À Dafynner e Melissa, manifestações do amor de Deus em minha vida e motivação constante. À Iolanda pelo exemplo de caráter e perseverança.

RESUMO

Este trabalho aborda a informação na seara do Direito do Consumidor, em razão do reconhecimento de que informar o consumidor é fortalecer sua autonomia e assegurar seus direitos perante o fornecedor de produtos e serviços, buscando, assim, uma aproximação da igualdade material entre os contraentes da relação de consumo, desigual devido à vulnerabilidade do consumidor. Assim, informar é também prevenir, advertir, instruir o consumidor, buscando sua compreensão acerca do contrato ao qual se vincula ou aos riscos a que se submete, zelando por sua incolumidade econômica e físico-psíquica. Diante disso, a informação tem eminente destaque no Código de Defesa do Consumidor, o qual além de estabelecer o objeto do dever de informar e a forma de seu adimplemento, confere ainda àquela, em determinadas circunstâncias, o poder de determinar a eficácia do negócio jurídico. Destarte, a informação, veiculada por meio de publicidade, contratos, rótulos ou outros meios, desde que observe os parâmetros legais e seja efetivamente compreendida pelo consumidor, revela-se como o instrumento adequado na persecução dos fins de transparência e confiança nas relações de consumo, resguardando tanto o patrimônio, como a saúde e segurança dos consumidores, mitigando os efeitos de sua vulnerabilidade.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Informação. Vulnerabilidade. Boa-fé objetiva. Transparência. Direito de escolha. Publicidade. Contrato. Acidentes de consumo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 A VULNERABILIDADE COMO JUSTIFICATIVA DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	8
1.1 DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE APLICAÇÃO DO CDC.....	8
1.1.1 CONCEITO DE CONSUMIDOR: TEORIA MAXIMALISTA E FINALISTA.....	9
1.1.2 CONSUMIDOR EQUIPARADO.....	11
1.1.3 CONCEITO DE FORNECEDOR.....	13
1.1.4 FORNECEDOR EQUIPARADO.....	14
1.2 VULNERABILIDADE.....	15
1.2.1 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA.....	17
1.2.2 TIPOS DE VULNERABILIDADE.....	18
1.2.3 HIPERVULNERABILIDADE.....	21
2 O DIREITO E DEVER DE INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	23
2.1. A BOA-FÉ OBJETIVA, O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E O DIREITO À INFORMAÇÃO..	23
2.2 INFORMAÇÃO: SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL E ACEPTÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	29
2.3 REQUISITOS DO DEVER DE INFORMAR.....	34
3 A INFORMAÇÃO COMO ATENUANTE DA VULNERABILIDADE.....	38
3.1 A INFORMAÇÃO ASSECURATÓRIA DO DIREITO DE ESCOLHA.....	38
3.2 INFORMAÇÃO NA PUBLICIDADE.....	43
3.3 INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE CONSUMO.....	46
3.4 INFORMAÇÃO DEFICIENTE E OS ACIDENTES DE CONSUMO.....	51
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

Devido à evolução tecnológica, à massificação do consumo, a informação adquire papel fundamental na sociedade. No campo do Direito do Consumidor, revela-se como instrumento que traz equilíbrio à relação de consumo, pois esta, em sua origem, é desigual, devido à vulnerabilidade do consumidor, observada, sobretudo, no que tange à *expertise* do fornecedor, o qual terá que compartilhar seu conhecimento a fim de tornar a relação mais equânime.

Por meio da informação busca-se, em observância ao princípio da isonomia, uma aproximação da igualdade material entre os contraentes da relação de consumo, em virtude do reconhecimento de que a igualdade formal, somente, deixava o consumidor desprotegido, em situação que o expunha ao arbítrio do fornecedor, uma vez que este quem determina os produtos e serviços disponibilizados no mercado, contando com técnica e conhecimento suficientes para colocá-lo em posição de superioridade em relação ao consumidor.

Neste diapasão, o capítulo primeiro deste trabalho visa delimitar o alcance da relação de consumo, identificando os atores desta e salientando suas características principais. Neste propósito, observa-se a vulnerabilidade como traço característico do consumidor e distintivo deste com relação ao fornecedor, motivo pelo qual se lhe atribui tutela especial do ordenamento jurídico. Objetiva, além da elucidação do conceito de consumidor e fornecedor *stricto sensu*, explicitar em que circunstâncias sujeitos de direito, ainda que alheios à relação contratual, equiparam-se a aqueles. Desta forma, no que tange aos consumidores por equiparação se fez necessário citar a coletividade, as vítimas dos acidentes de consumo e consumidores potenciais, por serem, de igual modo, titulares do direito à informação.

Ato contínuo perquire-se o conceito de vulnerabilidade, distinguindo-o, por oportuno, de hipossuficiência, aludindo, assim, às normas contidas no artigo 4º, inciso I e artigo 6º, inciso VIII, ambos do CDC. Após, pretende-se elucidar as diversas formas de manifestação da vulnerabilidade do consumidor, passando pela vulnerabilidade técnica, jurídica e socioeconômica até chegar-se àquela objeto deste estudo, a vulnerabilidade informacional. Procura-se também o elo entre esta última e os

outros tipos de vulnerabilidade. Ao final do capítulo, explica-se a noção de hipervulnerabilidade.

No capítulo seguinte, o assunto principal é a informação, busca-se a origem do direito à informação do consumidor, sua relação com o princípio da boa-fé objetiva e dever de transparência, assim como o de cooperação e cuidado. Depois, esclarece-se sua aceção nas relações de consumo, buscando seu fundamento no texto constitucional e na Lei 8.078/90, a qual enumera a informação entre seus princípios orientadores (artigo 4º, IV) e reafirma-a como direito básico do consumidor (artigo 6º, III).

Ao final, se inquire sobre os requisitos que, se ausentes, podem ensejar o descumprimento do dever de informar por parte do fornecedor, tanto as características fundamentais da informação - como correção, clareza, suficiência, adequação e ostensividade - quanto o seu objeto, ou seja, o que deve ser informado – a exemplo das qualidades, composição, preço e riscos dos produtos e serviços. Discorre-se também sobre a responsabilidade do fornecedor derivada da infração ao dever de informar.

Por fim, no terceiro capítulo, relaciona-se a informação com a vulnerabilidade, como conceitos inversamente proporcionais, demonstrando que o fortalecimento do consumidor na relação de consumo passa pelo dever de informar do fornecedor. Esta relação manifesta-se quanto ao exercício do direito de escolha, pois a informação cumpre papel fundamental na formação do vínculo jurídico entre fornecedor e consumidor, enrijecendo a autonomia deste, proporcionando-lhe uma decisão consciente. Incide ainda na regulamentação das normas atinentes à publicidade, aos contratos e daquelas que visam resguardar a saúde e segurança dos consumidores.

Em face disso, ressalta-se a informação na publicidade, pois importante técnica de indução ao consumo, cujo conteúdo, em regra, busca persuadir e pouco informar o consumidor. Neste sentido, diferencia-se da propaganda, a qual visa difundir idéias sem cunho comercial. Por conseguinte, trata-se dos princípios que limitam a mensagem publicitária, conformando-a com os fins de transparência e confiança, alcançados por meio da informação.

No que tange aos contratos de consumo, pormenoriza-se, mormente, as normas contidas nos artigos 46, 48 e 54 do CDC, por restar inequívoco de sua interpretação que a informação tem influência direta no conteúdo do contrato, assim como na eficácia do vínculo contratual. Assim, questiona-se o momento adequado para levar ao conhecimento do consumidor as informações sobre o conteúdo do contrato, sobretudo das cláusulas que impliquem limitação de seus direitos. Considera-se, inclusive, a disposição das cláusulas contratuais, as quais devem obedecer a critérios formais, visando, no entanto, a efetiva compreensão do consumidor.

Ao final, explicita-se a importância da informação na prevenção dos acidentes de consumo, seu vínculo com a legítima expectativa dos consumidores, sua função frente aos produtos e serviços de periculosidade inerente e adquirida, analisando os defeitos de concepção e fabricação, mas, com mais afinco, ressaltando os defeitos decorrentes da falha de informação. Para tanto, frisa-se o dever de informar quando da colocação dos produtos e serviços no mercado e, com mais razão, após a constatação de um defeito. Nesta última situação, cita-se o *recall* como instrumento para mitigar os riscos, o qual se vale eminentemente de informação para atingir o seu fim.

1 A VULNERABILIDADE COMO JUSTIFICATIVA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

1.1 Delimitação do campo de aplicação do CDC

O âmbito de aplicação do CDC é definido por um critério subjetivo, em razão dos sujeitos, ou seja, se estiverem contrapostos dois sujeitos de direito, identificados, respectivamente, como consumidor e fornecedor, aplica-se a lei de proteção ao consumidor. O Brasil, diferentemente dos outros países do Mercosul, preferiu não definir o objeto da relação de consumo, mas fixou-se no sujeito merecedor de proteção legal.¹ Assim, o que poderia *a priori* ser considerado um fato jurídico sob a égide do Código Civil ou do direito comercial, posteriormente pode-se identificar como relação de consumo regida pelo CDC. É o que explica Cláudia Lima Marques:

O diferente no CDC é seu campo de aplicação subjetivo (consumidor e fornecedor), seu campo de aplicação *ratione personae*, uma vez que materialmente ele se aplica em princípio a todas as relações contratuais e extracontratuais (campo de aplicação *ratione materiae*) entre consumidores e fornecedores.²

Assim, para identificar a relação de consumo é preciso saber quem está se relacionando, se for constatada a presença de consumidor e fornecedor caracteriza-se aquela. A caracterização desses sujeitos é de natureza relacional:

A definição subjetiva neste novo direito privado solidário é relacional: assim um leigo, um civil frente a outro civil, será uma relação puramente de direito civil; o mesmo civil frente a um empresário, ou fornecedor, será uma relação de consumo; e este empresário ou profissional, talvez no mesmo tipo contratual de compra e venda, de transporte de coisas, de mandato, se frente a outro empresário ou profissional, será uma relação empresarial ou do antigo direito comercial.³

O que se pretende com essa distinção entre os mesmos sujeitos diante de múltiplas relações jurídicas é oferecer uma tutela especial para o mais fraco. Desta feita não se pode falar em relação de consumo entre iguais, pois o “direito do

¹ ODY, Lisiane Feiten Wingert. Consumidor e noção de vulnerabilidade. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 515-548, p. 538.

² MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 80-81.

³ Ibidem, p. 81.

consumidor é direito para desiguais”⁴. Por isso a vulnerabilidade é o traço característico daquela relação. Mesmo no Mercosul, onde os países membros não adotaram um conceito único para o consumidor, este é “considerado por todos os Estados como sujeito vulnerável”⁵.

Assim, se a relação de consumo requer a interação daqueles dois sujeitos (consumidor e fornecedor), deve-se perquirir sobre os predicados fundamentais destes. Para Adolfo Mamoru Nishiyama, embora o conceito de consumidor dependa das opções ideológicas recepcionadas por cada país, não é prudente tentar entendê-lo sem utilizar a dogmática jurídica, já que o melhor enfoque sobre o tema se dá a partir da norma jurídica.⁶

1.1.1 Conceito de consumidor: *teoria finalista e maximalista*.

Traz o artigo 2º, *caput*, do CDC, o conceito legal de consumidor, qual seja, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Este é um conceito econômico de consumidor, recepcionado também nos outros países membros do Mercosul⁷. Assim, o único elemento que restringe a figura do consumidor nesta definição é a aquisição ou utilização do bem como destinatário final⁸. Daí advém a necessidade de buscar-se o conceito de destinatário final. Duas correntes doutrinárias propõem explicação ao tema, os finalistas e os maximalistas.

Os finalistas asseveram que o conceito de destinatário final deve receber interpretação mais estreita. Assim consumidor seria o “destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica”⁹, não admitindo entender como consumidor aquele profissional que usa o bem adquirido como insumo, alocando-o em sua produção, ou revendendo-o com fim especulativo. Como exceção se admite como consumidor um profissional ou empresa quando adquire um bem fora de

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. p. 83.

⁵ ODY, Lisiane Feiten Wingert. Consumidor e noção de vulnerabilidade, p. 540.

⁶ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010.

⁷ ODY, Lisiane Feiten Wingert. Consumidor e noção de vulnerabilidade, p. 545.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p.84.

⁹ Ibidem, p. 84.

sua área de especialidade (*expertise*), considerando sua vulnerabilidade, sobretudo informacional.

Os maximalistas defendem uma maior abrangência do conceito de consumidor do artigo 2º do CDC, propondo que todos os contratantes na cadeia de consumo, seja pessoa física ou jurídica, com ou sem fim especulativo, são vulneráveis, não importando, dessa forma, “se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço”¹⁰. Desta forma não haveria a necessidade do consumidor ser o destinatário final econômico do bem, tão somente destinatário fático. O problema desta doutrina seria transformar o direito do consumidor em um direito privado geral.

Para Cláudia Lima Marques a atuação do STJ é causa primordial do preterimento da teoria maximalista, assevera que aquele tribunal contribuiu ainda para o aprofundamento da doutrina finalista, marcada pela “noção de consumidor final imediato [...] e de vulnerabilidade”¹¹. Assim, as pessoas jurídicas que comprovem sua vulnerabilidade e adquiram produtos ou serviços estranhos à sua especialidade recebem também a tutela do CDC em suas relações com outras empresas. Desta feita, aquela autora observa:

Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade. [...] O conceito chave aqui é o de vulnerabilidade.¹²

Inobstante a divergência entre esses conceitos de consumidor, as duas correntes, tanto a maximalista como a finalista, são unânimes na admissão do atributo da vulnerabilidade como inerente à figura do consumidor. Assim, presume-se a vulnerabilidade da pessoa física não profissional na relação de consumo, quanto à pessoa jurídica ou o profissional, para a corrente mais abrangente estes seriam sempre vulneráveis quando destinatários fáticos do bem, para a corrente mais restritiva deve-se aferir a vulnerabilidade para que seja revelada a figura do consumidor, entendido aqui como o destinatário fático e econômico do bem.

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 86.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima, *Manual de Direito do Consumidor*, p.87.

¹² *Ibidem*, p. 87.

1.1.2 Consumidor equiparado

Outra definição importante para compreender-se o campo de aplicação do CDC é a de consumidor equiparado, a qual importou em uma diferença exclusiva para a legislação brasileira em relação às legislações dos demais países membros do Mercosul, nas quais esta figura inexistia¹³. Nesta definição não importa o conceito de destinatário final de produtos ou serviços, mas o fato de muitas pessoas estarem expostas a práticas ou eventos que possam lhes causar dano no mercado de consumo. É uma equiparação por força da lei, com esta o legislador quis estender a proteção a aqueles não amparados pelo conceito de consumidor *stricto sensu*.

A primeira norma neste sentido é a do parágrafo único do artigo 2º do CDC, que reza: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”¹⁴. Para Cláudia Lima Marques a relevância desta norma está em “seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código”.¹⁵

A segunda norma é atinente à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço, assim o artigo 17 do CDC dispõe “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”¹⁶. Aqui o critério é objetivo, basta ser vítima do acidente de consumo, ou seja, sofrer um dano decorrente deste para ser equiparado ao consumidor.

Por fim, o artigo 29 do CDC traz uma disposição especial, impõe aplicar a todas às pessoas expostas às práticas dos capítulos cinco (Das práticas comerciais) e seis (Da proteção contratual) do Código tratamento igual ao dispensado ao consumidor *stricto sensu*¹⁷. A respeito do supracitado dispositivo legal ensina Cláudia Lima Marques:

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou

¹³ ODY, Lisiane Feiten Wingert, Consumidor e noção de vulnerabilidade, p. 545.

¹⁴ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 2º, parágrafo único.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 87.

¹⁶ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 17, *caput*.

¹⁷ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 29.

um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostas às práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo “consumidores *stricto sensu*”, poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!¹⁸

Leonardo Roscoe Bessa, de igual sorte, enfatiza a expressão do artigo 29 do CDC, em razão da ampla matéria a que alude, sustenta que é dispensável exigir o elemento teleológico da relação de consumo- a destinação final descrita no *caput* do artigo 2º do CDC- para que a pessoa exposta àquelas práticas seja equiparada ao consumidor, sob pena de se retirar daquele dispositivo sua eficácia. Para aquele autor “isto ocorre, repita-se, porque o CDC, muitas vezes, concentra sua disciplina na *atividade*, deixando para segundo plano os conceitos de consumidor e fornecedor oferecidos pelos seus arts. 2.º e 3.º”.¹⁹

Destarte, para que a tutela jurídica do consumidor equiparado não seja estendida desordenadamente fugindo do real propósito do CDC, é imprescindível impor-lhe algum limite. Este limite é extraído da interpretação do artigo 29 do CDC sob perspectiva constitucional, na medida em que “é o imperativo constitucional de densificar a isonomia, tutelando especialmente a dignidade humana”²⁰. Como derivado destes princípios constitucionais tem-se a vulnerabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor. De tal modo, a vulnerabilidade é o critério diferenciador entre o consumidor, ainda que equiparado, e o não-consumidor. Desta forma, as pessoas naturais estão abrangidas pelo conceito de consumidor equiparado do artigo 29 do CDC, uma vez que sua vulnerabilidade é presumida, as pessoas jurídicas, por sua vez, deverão demonstrar a vulnerabilidade em concreto para que sejam equiparadas nos moldes deste dispositivo.²¹

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p.98.

¹⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., São Paulo: RT, 2009, p. 83.

²⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, p. 83.

²¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, p. 84.

1.1.3 Conceito de fornecedor

Sabe-se que para haver relação de consumo é necessária a figura do consumidor e do fornecedor. Isto porque a idéia de fornecedor do Código de Defesa do Consumidor é muito ampla, abrangendo:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.²²

Para Cláudia Lima Marques o critério que caracteriza o fornecedor de produtos é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais com certa habitualidade, quanto ao fornecedor de serviços, numa interpretação conjunta com o §2º do art. 3º, diz ter como predicado fundamental o desenvolvimento de atividade remunerada, excluindo-se as de caráter trabalhista. Conclui-se, portanto, que o elemento da profissionalidade não é essencial para definir o fornecedor de serviços, importando somente a remuneração. Inobstante esta seja imprescindível com relação ao fornecedor de serviços não o é para o fornecimento de produtos, ou seja, pode um sujeito fornecer um produto de forma gratuita a um consumidor e, ainda assim, estar sujeito às normas do CDC.²³

Releve-se, no entanto, que “remunerado” não tem o mesmo significado que “oneroso”, nem a expressão “não remunerado” o mesmo que “gratuito”. Isto porque um serviço que a princípio parece uma liberalidade do fornecedor pode estar sendo remunerado indiretamente pelo consumidor, não o individual, mas pela coletividade. Neste diapasão, elucida Cláudia Lima Marques: “em quase todos os casos há remuneração do fornecedor, direta ou indiretamente, há ‘enriquecimento’ dos fornecedores pelos serviços ditos ‘gratuitos’, que é justamente sua remuneração”²⁴.

²² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, art. 3º.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 98-100.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 101-103.

1.1.4 Fornecedor equiparado

O CDC atribui a todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e serviços a condição de fornecedor e ainda estabelece entre eles uma solidariedade dentro da cadeia de consumo pelas ofensas aos direitos dos consumidores, admitindo exceções taxativas. Desta forma, não interessando se o vínculo do fornecedor com o consumidor é direto ou indireto, contratual ou extracontratual, alcançando desde o fabricante até o empresário em cujo estabelecimento o produto foi adquirido ou o serviço contratado.²⁵

Citando a teoria criada pelo professor Leonardo Bessa, Cláudia Lima Marques traz a noção de fornecedor equiparado, ou seja, “aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação principal, mas que atua frente a um consumidor [...] como se fornecedor fosse”²⁶. Exemplo de fornecedor equiparado são os bancos de dados, o estipulante profissional (o empregador) no caso de seguros de vida, as instituições financeiras e as agências publicitárias. Aqui, leva-se em consideração a atividade desenvolvida pelo sujeito, não necessita, portanto, conformar-se aos requisitos do *caput* do artigo 3º, bastando que a atividade, por si, apresente-se “potencialmente ofensiva a legítimos interesses presentes no mercado”²⁷. Isto porque, afirma Leonardo Roscoe Bessa, “o objetivo da lei foi disciplinar e, logicamente, abranger situações de vulnerabilidade inerentes no mercado de consumo”²⁸.

Assim, o fornecedor equiparado é aquele que atua no mercado de consumo por meio de uma atividade cujo risco de ferir direitos dos consumidores é iminente. Desta forma, esta teoria alarga o campo de aplicação do CDC haja vista ter enquadrado dentro do conceito de fornecedor terceiros que a princípio estariam à margem da relação principal de consumo.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 103.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 103-105.

²⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, p. 94.

²⁸ *Ibidem*, p. 94.

1.2 Vulnerabilidade

Restou claro que o âmbito de aplicação do CDC tem sua elasticidade determinada pelo conceito de consumidor, contudo não se pode olvidar a importância da vulnerabilidade na constatação daquele. Segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes vulnerabilidade é um conceito que não se pode afastar de *relação*, ou seja, para que se possa observar o fenômeno da vulnerabilidade é necessária a existência de, no mínimo, dois sujeitos, que sejam contrapostos.²⁹

Neste contexto um dos sujeitos encontra-se em posição de superioridade, podendo até mesmo determinar no outro uma *vontade de consumo*, sem que este tenha realmente a necessidade de consumir tal serviço ou produto. Contribui ainda com esta desproporcionalidade a nova maneira de contratar surgida na sociedade pós revolução industrial, em que se destaca a despersonalização do contratante, evidenciada pela falta de oportunidade de se discutir o teor do contrato em face dos chamados contratos de adesão.³⁰

Ainda que sirva ao propósito da economia global, de escala, massificada, por sua evidente celeridade, para o consumidor o avanço também se tornou motivo de cuidado, mormente por, na maioria das vezes, não conhecer o que está adquirindo e a que cláusulas manifesta sua concordância. Destarte, por estar submetido a práticas como estas é que se lhe atribuiu uma tutela especial do ordenamento jurídico, sob o fundamento principal de sua vulnerabilidade.

José Ozório de Souza Bitencourt defende que a Constituição Federal reconheceu de forma implícita a vulnerabilidade do consumidor quando determinou no art. 5º, XXXII, a sua defesa pelo aparato estatal. Discorrendo sobre o tema diz: “parece claro que só se defende quem está em posição de desvantagem; estando estas normas defendendo a parte mais fraca, vulnerável”³¹.

²⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: *no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2 ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 96.

³⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 315-316.

³¹ BITENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. In: *Revista da Emerj*, v. 7, n. 25, 2004, p. 248-265.

Concorda com esta posição Marcelo Junqueira Calixto ao afirmar que o constituinte reconheceu a vulnerabilidade do consumidor quando consagrou a defesa deste como pilar do sistema jurídico nacional e ainda que se os contratantes na relação de consumo estivessem em posição de igualdade ao celebrar o acordo a autonomia da vontade seria capaz de assegurar a efetiva proteção do consumidor, o que não se verifica.³²

Segundo Cláudia Lima Marques “vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”³³. Desta forma vulnerabilidade em sua acepção jurídica, mais precisamente sob o enfoque do Direito do Consumidor é:

O princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.³⁴

O princípio da vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da igualdade. Assim, o que se pretende com aquele é assegurar o princípio da isonomia, com mais propriedade, a igualdade material, pois “somente pode ser reconhecido como igual alguém que não está subjugado por outrem”³⁵.

Assevera ainda Paulo Valério Dal Pai Moraes:

Por uma série de motivos, existe uma desigualdade insuportável entre o fornecedor de produtos e serviços e o consumidor, a qual é evidente e, por este motivo, precisa ser debelada, pois tem reflexos na estrutura social, econômica e política como um todo.³⁶

Essa desigualdade é debelada através da desigualação na lei, atribuindo ao consumidor privilégios e benefícios com o fim de alcançar uma igualdade material. Para Adolfo Mamoru Nishiyama a própria razão de existir do Código de

³² CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, p.315-356.

³³ MARQUES, Cláudia Lima, *Manual de Direito do Consumidor*, p. 87.

³⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: *no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, p. 96.

³⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: *no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, p. 96.

³⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: *no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, p. 97-99.

Defesa do consumidor decorre de sua vulnerabilidade, por isso a Constituição Federal no artigo 48 do ADCT determinou sua criação ³⁷.

Alexandre David Malfatti menciona a norma do artigo 4º do CDC, a partir dela classificando em dois grupos os princípios norteadores deste diploma legal: a) princípios ligados à proteção do consumidor e b) princípios ligados à preservação da relação jurídica de consumo. O princípio da vulnerabilidade está entre aqueles ligados à proteção do consumidor, no entanto os demais decorrem de sua admissão ³⁸. Tanto é assim que os demais incisos do artigo 4º do CDC ou trazem expressamente em seu texto a “proteção do consumidor” ou traçam meios de reprimir condutas ofensivas aos seus direitos.

1.2.1 Vulnerabilidade e hipossuficiência

Ato contínuo faz-se necessária a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. A hipossuficiência é um critério que será aferido num eventual processo, em regra judicial, e está ligado à produção de provas, sem, no entanto, presumir-se absolutamente que os pobres são hipossuficientes e que as classes média e alta não o são, isso porquê muitas vezes o ônus advindo de um processo será também insuportável por estas. ³⁹

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, inciso I, apresenta como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, não enumerando quaisquer critérios para que o consumidor seja reconhecido como vulnerável. Ao contrário, em seu artigo 6º, inciso VIII, fica claro que o consumidor pode ou não ser hipossuficiente, o que evidencia que para ser qualificado desta maneira precisam ser observados alguns requisitos. Sobre o tema Paulo Valério Dal Pai Moraes defende que:

³⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*, p. 66-67.

³⁸ MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 223-224.

³⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, p. 103.

Se as duas categorias jurídicas fossem a mesma coisa, não teria sentido atribuir ao juiz a aferição no caso concreto quanto à menor potência de um dos litigantes, pois existe a presunção de vulnerabilidade do consumidor, a qual obrigaria o magistrado a sempre inverter o ônus da prova, resultando a norma do artigo 6º, inciso VIII, do CDC inútil.⁴⁰

A aferição de hipossuficiência do consumidor tem como consequência direta a inversão do ônus da prova em seu favor, não bastando, portanto, a presunção de vulnerabilidade que o Código lhe confere. José Ozório de Souza Bitencourt defende ser mais razoável a inversão do *onus probandi* como regra processual de defesa do consumidor, desta forma este seria “um direito subjetivo do autor quando diante dos requisitos exigidos”⁴¹.

Para Marcelo Junqueira Calixto embora o conceito de hipossuficiência tenha se afastado de uma concepção estritamente econômica, admitindo inclusive uma hipossuficiência técnica, o legislador “preferiu reservar a expressão ‘hipossuficiência’ unicamente para as hipóteses de inversão do *ônus da prova* [...] e não em todas as hipóteses em que se vislumbre uma relação de consumo”⁴². Por outro lado, a vulnerabilidade serviria para a determinação da existência da própria relação de consumo, sem ditar a quem compete o ônus da prova.

Assim, a aferição de hipossuficiência se dará no caso concreto, pelo juiz, considerando-se os sujeitos da relação processual, a vulnerabilidade, por seu turno, não depende das circunstâncias de fato, mas tão somente da existência da relação de consumo. Inobstante, a observância de um conceito não exclui o outro, podendo o sujeito de direito ser, ao mesmo tempo, vulnerável e hipossuficiente.⁴³

1.2.2 Tipos de vulnerabilidade

Segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes existem seis tipos de vulnerabilidade: a técnica, jurídica, econômica e social, política ou legislativa, biológica

⁴⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, p.108.

⁴¹ BITENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor, p. 259.

⁴² CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, p. 327-328.

⁴³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, p. 327-328.

ou psíquica e a ambiental ⁴⁴. Cláudia Lima Marques cita três: a técnica, a jurídica e a fática. Para esta existiria ainda um tipo de vulnerabilidade especial, “básica ou intrínseca do consumidor, a informacional” ⁴⁵.

A vulnerabilidade técnica diz respeito ao modo, maneira, como o produto ou serviço fora realizado, incluindo-se aí os insumos, materiais utilizados na fabricação ou execução daqueles. Este tipo de vulnerabilidade está ligado ao conhecimento sobre o bem objeto do consumo, logo à expertise, profissionalidade ou não do consumidor, sobre aquele produto ou serviço ⁴⁶. Paulo Valério Dal Pai Moraes elenca como principais motivos da vulnerabilidade técnica “a falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias” ⁴⁷. Da mesma forma, Héctor Valverde Santana defende que “a vulnerabilidade técnica decorre da ausência ou carência de conhecimento ou informação do consumidor sobre o processo produtivo ou a respectiva utilização dos bens de consumo” ⁴⁸. Não possuindo, pois, o consumidor, o conhecimento mínimo sobre o bem tende a desconsiderar seus efeitos, mormente em longo prazo, e também seus vícios, acarretando danos de ordem patrimonial e extrapatrimoniais.

Quanto à vulnerabilidade jurídica ou científica Cláudia Lima Marques a define como “a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia” ⁴⁹, ressalta ainda a observância deste tipo de vulnerabilidade quando o consumidor se depara com contratos de massa, decorrendo de sua presunção os deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato.

Paulo Valério Dal Pai Moraes propõe ter maior importância a vulnerabilidade jurídica em outro momento:

O momento em que surgiu algum problema decorrente da relação de consumo, originando a necessidade de adoção de medida por parte do

⁴⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, p. 115-161.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 88.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 88.

⁴⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, p. 116.

⁴⁸ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 117.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 90.

consumidor, tendente a solucioná-lo, seja junto ao fornecedor, com o auxílio de advogados, ou nos órgãos de defesa do consumidor.⁵⁰

É latente a vulnerabilidade jurídica do consumidor, pois na maioria dos casos, nem mesmo sabe que possui determinados direitos na relação de consumo, e quando os conhece, enfrenta a dificuldade de fazê-los exeqüíveis, ou seja, não sabe a quem recorrer e qual a maneira adequada de fazê-lo. Já o fornecedor além de contar com um aparato jurídico para sua defesa ainda internaliza os custos da demanda, repassando estes aos consumidores no preço dos produtos e serviços⁵¹.

Com relação à vulnerabilidade fática ou socioeconômica muitos são os fatores que contribuem para aumentar a superioridade do fornecedor e a fragilidade do consumidor nas relações de consumo, como, por exemplo, o acúmulo de capital por grandes conglomerados econômicos, práticas anticoncorrenciais, abuso de posição dominante, leis rígidas a respeito de patentes, ou mesmo situações em que o consumidor se vê enfraquecido emocionalmente diante de circunstâncias específicas, por exemplo, na ansiedade pela aquisição da casa própria ou da necessidade de contratar serviços funerários.

Outra questão relevante quanto ao assunto é a natureza do produto ou serviço, como a essencialidade de alguns desses bens, que pode agravar a posição de desvantagem do consumidor. Comentando sobre a vulnerabilidade fática ou socioeconômica explica Cláudia Lima Marques que neste tipo:

O ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam.⁵²

Esta forma de manifestação da vulnerabilidade é ainda mais severa, pois o consumidor carente daqueles bens essenciais à sobrevivência é submetido às práticas ditadas pelo fornecedor, tudo decidido de forma unilateral por este. Diante disso o consumidor é, muitas vezes, surpreendido com o aumento de preços, a falta de oferta de determinados produtos, produtos cujo conteúdo diminui de maneira silenciosa para

⁵⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, p. 121.

⁵¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, p. 122-124.

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 91.

enganá-lo, ou mesmo, exemplo típico do mercado de combustíveis, procura diversos estabelecimentos comerciais, mas todos adotam a mesma tabela de preços. Assim, este tipo de vulnerabilidade “é aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo”⁵³.

Existe ainda outra forma de vulnerabilidade que é intrínseca à relação de consumo. Na verdade ela compõe todos os outros tipos e poderia ser encarada como derivada da vulnerabilidade técnica, a informacional. Estar informado na sociedade atual significa estar munido de proteção, de poder, o contrário também é verdade, estar desinformado é estar desprotegido, enfraquecido, por isso diante da impossibilidade de conhecer todos os métodos, circunstâncias, a que está sujeito na sociedade de consumo, o que caracteriza o consumidor é, sobretudo, um déficit de informação⁵⁴.

O que se vê entre a vulnerabilidade informacional e os outros tipos de vulnerabilidade é que ora aquela faz parte da essência destes, ora tem com eles uma relação de causa e efeito. É impossível notar-se a vulnerabilidade técnica sem o conceito de déficit de informação. De outro lado, o consumidor vulnerável juridicamente o é, em grande medida, porque não tem informação sobre os seus direitos e sua defesa. Assim, embora vulnerabilidade seja um conceito que requer *relação*, pressupõe-se que o consumidor mais carente poderá ter sua vulnerabilidade informacional majorada, pois quanto menor o poder aquisitivo menores são as chances de adquirir conhecimento.

1.2.3 Hipervulnerabilidade

Assim como reconhece a necessidade de proteção do consumidor em razão de sua vulnerabilidade, a Constituição Federal prescreve proteção a determinados grupos, como às pessoas portadoras de deficiência, idosos, crianças e adolescentes. A fragilidade desses grupos, seja em seu aspecto físico ou mesmo estado mental, é latente, demandando, por si mesmo, do Estado e também de toda sociedade cuidados especiais. Destaque-se a atuação desses grupos nas relações de consumo, ou seja, como consumidores, o consumidor que tem como característica fundamental ser vulnerável

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003, p. 121.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003, p. 121.

tem ainda sua condição agravada por pertencer a uma daquelas categorias. A proteção da conjugação dessas facetas da pessoa humana “resulta em uma proteção dos chamados hipervulneráveis nas relações de consumo”.⁵⁵ Para Adolfo Mamoru Nishiyama esses consumidores necessitam de proteção maior do que os consumidores em geral, significando a hipervulnerabilidade “que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais”.⁵⁶

⁵⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis, p. 460.

⁵⁶ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis, p. 436.

2 O DIREITO E DEVER DE INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1. A boa-fé objetiva, o princípio da transparência e o direito à informação

Existe uma distinção doutrinária entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, a última caracterizada como o princípio geral da boa-fé. Segundo Mirella D'Angelo Caldeira “a boa fé-subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador ou impeditivo de seu direito” ⁵⁷. Assim, na determinação do conceito de boa-fé subjetiva se tem em conta a ausência ou não de culpa, “em outras palavras, para se responsabilizar alguém, é imprescindível a apuração da conduta do agente, uma vez que a condenação só ocorrerá se comprovar que o mesmo agiu com dolo ou culpa” ⁵⁸.

A efetivação da boa-fé objetiva no âmbito do Direito do Consumidor, no entanto, prescinde da aferição de culpa ou dolo, pois é sabido que a responsabilidade do fornecedor nas relações de consumo é objetiva. Assim, é definida como regra de conduta, ou seja, a parte na relação de consumo deve agir na persecução do fim do contrato, cooperando com a outra parte, conforme parâmetros de lealdade e honestidade.⁵⁹

Na mesma linha Judith Martins-Costa afirma que “pela expressão ‘princípio da boa-fé objetiva’ indica-se uma norma de conduta que impõe aos participantes do tráfego negocial uma atuação pautada pela colaboração intersubjetiva [...] e consideração dos interesses do *alter*” ⁶⁰.

Salienta Gustavo Tepedino que a cláusula geral de boa-fé objetiva está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1851, no artigo 131 do Código Comercial, no entanto ganhara novo sentido com o advento da Constituição Federal de 1988 e também com o Código de Defesa do Consumidor. Defende ainda que o princípio

⁵⁷ CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de São Paulo, São Paulo, Vol. 2, n. 2, p. 193-217, 2005. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ms/index.php/RFD/article/viewFile/478/475>. Acesso em: 15 abril 2011.

⁵⁸ Ibidem, p. 194-195.

⁵⁹ CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: *dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*. In: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 277-318, p. 282.

da boa-fé objetiva é informado pela solidariedade social tutelada na Constituição, o que “impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração dos negócios jurídicos”⁶¹.

Em virtude dos variados sentidos que a boa-fé objetiva pode assumir e da multiplicidade e variação de seu conteúdo na linha histórica é que para Judith Martins-Costa é preciso perspectivá-la em sua dimensão histórica, pois embora tenha preservado seu *valor facial*, ou seja, sempre chamada de *boa-fé*, muda de significado “consoante as concretas possibilidades de compreensão prevalecentes em cada momento espaço-temporalmente considerado”⁶². Aduz a autora que não se pode ignorar que a boa-fé já fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro mesmo antes da entrada em vigor do CDC, no entanto não se podia dar a este princípio a interpretação que hoje lhe é cabível, exemplo disso é que em outro momento histórico sua interpretação “não alcançava, por exemplo, a idéia segundo a qual a boa-fé produz o dever de informar”⁶³. Assim, pode-se dizer que a boa-fé carece de conteúdo próprio, sendo moldado pelos fatores sociais, filosóficos e históricos vigentes em uma sociedade num determinado momento.

Desta feita percebe-se que o conceito de boa-fé no Direito do Consumidor é distinto daquele aplicado no âmbito privatista, inobstante a lei de defesa do consumidor não tenha determinado seu exato sentido, o qual será revelado no caso concreto. “Vale dizer, diante de situações concretas dever-se-á indagar sobre a atuação esperada, de acordo com a boa-fé, para que não haja o rompimento da confiança”⁶⁴.

Certo é que o princípio da boa-fé objetiva quer resguardar a confiança, a legítima expectativa que o consumidor deposita na palavra do fornecedor,

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro. In: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 195-211.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: *dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*, p. 277-318.

⁶³ Ibidem, p. 288-289.

⁶⁴ CALDEIRA, Mirella D’Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo, p. 201.

veiculada por meio de publicidade, oferta ou contratos. Ou seja, “boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais”⁶⁵. Por isso:

Com a incidência do princípio da boa-fé objetiva, cria-se um novo paradigma, não mais voltado à vontade das partes, nem tão pouco à boa ou má-fé do fornecedor, mas, sim, para um modelo, um *standart* de qualidade e segurança que pode ser esperado por todos os usuários.⁶⁶

Mirella D’Angelo Caldeira aponta três funções básicas do princípio da boa-fé objetiva, presente nas relações de consumo, quais sejam, a boa-fé seria a fonte de novos deveres especiais de conduta, também chamados de deveres anexos ou secundários, de outro lado é causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos, e caracteriza-o ainda como critério orientador de interpretação.⁶⁷

Gustavo Tepedino defende que o objetivo precípuo das três funções da boa-fé objetiva é a preservação do conteúdo socioeconômico do negócio. Assim, quando se atribui à boa-fé a função de orientar a interpretação dos contratos quer dizer-se que a interpretação das cláusulas contratuais deve buscar o sentido mais adequado ao objetivo pretendido pelas partes. Como causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos estabelece critérios de diferenciação entre o exercício regular e irregular ou abusivo de direitos.⁶⁸

Rui Rosado de Aguiar Júnior sustenta que o artigo 4º do CDC traz basicamente uma limitação na defesa dos direitos do consumidor, prescrevendo que a Política Nacional de Consumo deverá compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica elencados no artigo 170 da Constituição Federal. Assim, a nova feição do princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor revela-se de caráter eminentemente econômico, cumpre o papel

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003, p. 125.

⁶⁶ CALDEIRA, Mirella D’Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo, p. 201.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro, p. 205-206.

de compatibilizar interesses contraditórios, pois em defesa também da ordem econômica, em busca de seu fim social.⁶⁹

Por fim, interessa analisar a boa-fé objetiva como fonte dos deveres secundários. Estes deveres são aqueles que não decorrem da vontade das partes contratantes. Aqueles que decorrem diretamente da vontade das partes são deveres principais. Os deveres anexos têm o fim de estabelecer uma ordem de cooperação entre as partes na relação de consumo, isto antes e até mesmo depois da criação do vínculo contratual. Embora esses deveres sejam oriundos de valores irradiados pela boa-fé, muitos deles encontram previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor. A positivação desses deveres veio trazer maior segurança ao consumidor, ainda que já fossem passíveis de aplicação com fundamento no princípio da boa-fé⁷⁰. Neste sentido, explica Mirella D'Angelo Caldeira:

Há, então, na lei consumerista, vários outros deveres que acabaram tendo previsão legal, quando, na verdade, seria mera decorrência da aplicação do princípio da boa-fé. O que equivale a dizer que, não estivessem tais deveres tipificados na lei, ainda assim seriam considerados deveres anexos, pela simples invocação do princípio geral da boa-fé.⁷¹

No entanto, sendo a lei a nova fonte destes deveres a incidência do princípio da boa-fé como criadora deles é afastada. “Nesses casos, a boa-fé, como criadora de deveres anexos, cede lugar à lei, restando-lhe, tão somente, a função de critério de interpretação”⁷².

Exemplo de um dos principais deveres anexos que, por sua vez, está previsto no Código de Defesa do Consumidor é o dever de informar. Sua prescrição passa pelo direito à informação por parte do consumidor do artigo 6º, III, entrando na seara da oferta prevista no artigo 30, que trata da precisão da oferta e sua eventual integração ao contrato, neste passo proibindo a publicidade enganosa e abusiva em seu artigo 37, parágrafos 1º e 2º. Ainda no artigo 46 do CDC prevê-se a obrigação por parte

⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

⁷⁰ CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo, p. 205.

⁷¹ Ibidem, p. 205.

⁷² CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo, p. 205.

do fornecedor de dar oportunidade ao consumidor de conhecer previamente o conteúdo do contrato, sob pena de estar este desobrigado de seu cumprimento.

Além do dever anexo de informar, pode-se citar o dever de transparência, o dever de cooperação e, dentre outros, o dever de cuidado. O dever de transparência traduz a idéia da inversão na “especulação” sobre o produto ou serviço, pois o consumidor não mais é obrigado a buscar todas as informações necessárias sobre determinado produto ou serviço que deseja adquirir, este ônus, em grande medida, cabe ao fornecedor. O fornecedor tem esse dever de agir com transparência, sem ocultar aquilo que desabone seu produto, em razão da qualidade e segurança que o consumidor espera⁷³.

A transparência norteia o momento pré-contratual, “significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor”⁷⁴, ou seja, decorre também do dever de transparência um dever de informação, isto porque “a tendência atual é de examinar a ‘qualidade’ da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que a sua simples manifestação”⁷⁵. Esta manifestação de vontade informada tem repercussão nos efeitos do contrato, a exemplo da norma do artigo 46 do CDC. Tal qual o direito à informação a transparência está disciplinada no artigo 4º do CDC como objetivo da Política Nacional das Relações de consumo, por isso “o ‘direito básico’ do art. 6º, III, constitui, na verdade, um ‘direito-função’, um direito que está *funcionalizado* em relação ao *objetivo de transparência*”⁷⁶, ou seja, a transparência é o resultado prático que a lei persegue por meio da previsão do direito à informação.

O dever de cooperação, nas palavras de Mirella D’Angelo Caldeira, “nada mais é do que colaborar durante o deslinde da relação, a fim de não impedir ou obstruir a execução da obrigação”⁷⁷. Busca-se, sobretudo, resguardar o fim colimado inicialmente pelo contrato. Como exemplo tem-se a revisão do contrato devido à sua

⁷³ CALDEIRA, Mirella D’Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo, p. 205-209.

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003, p. 407-408.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: *dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*, p. 301.

⁷⁷ CALDEIRA, Mirella D’Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo, p. 209.

excessiva onerosidade para o consumidor. Neste caso, o fornecedor tem o dever anexo de cooperar com o consumidor, de modo que o equilíbrio da relação seja restabelecido e cesse aquela onerosidade excessiva, adequando a prestação a aquilo que é possível ao consumidor adimplir. Já o dever de cuidado “pode ser traduzido no dever que o contraente tem em assegurar o patrimônio e a integridade física ou moral do outro contraente”⁷⁸.

Nota-se, entre estes últimos deveres citados, que a efetividade de seus objetivos está permeada pela necessidade de informar. O dever de transparência só pode alcançar sua finalidade por meio de uma informação que o fornecedor disponibilizará ao consumidor. Com efeito, no Código de Defesa do Consumidor “o dever de informar do fabricante se apresenta como decorrência do princípio da transparência”⁷⁹.

Do mesmo modo o dever de cooperação e o dever de cuidado poderão ser adimplidos através da informação. É o que já acontece no caso de chamar o fornecedor seus consumidores preventivamente para reparar um produto ou serviço defeituoso. Neste caso, o fornecedor exercita seu dever de cuidado, zelando pela saúde, segurança e patrimônio do consumidor, tendo como instrumento, em regra, uma mensagem publicitária.

Inicialmente vê-se que a importância da boa-fé objetiva para o dever de informação está em sua origem, pois antes deste dever ser positivado já se podia invocá-lo sob o argumento de dever anexo da boa-fé objetiva. Embora os deveres de transparência e informação tenham origem diretamente na lei a boa-fé não diminui em importância, pois ao afirmar no art. 4º, inciso III, do CDC, a necessidade de observância da boa-fé nas relações de consumo visando à harmonia entre os interesses de consumidores e fornecedores o legislador lhe atribuiu um caráter orientador para todo o Código, devendo o fornecedor ser guiado por este preceito quando estiver cumprindo seu dever de informar o consumidor.

⁷⁸ CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo, p. 209.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: *dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*, p. 304-305.

2.2 Informação: sua previsão constitucional e acepção nas relações de consumo

Fernanda Nunes Barbosa faz distinção entre comunicação e informação, trazendo a lume a origem da palavra comunicação que remete ao conceito daquilo que é comum ou que traz a comunhão entre as pessoas. Já a informação está entre os elementos da comunicação, mais precisamente constituindo parte da mensagem. Para a autora “a mensagem sempre existirá, sendo o conteúdo conhecido ou desconhecido do receptor. Já a informação dependerá da originalidade desse conteúdo, bem como do êxito do ato de comunicação empreendido”⁸⁰.

Há que se identificar, no entanto, devido às diversas conotações que a expressão “direito à informação” *a priori* pode significar, aquela que interessa no âmbito do direito do consumidor. Assim, deve-se primeiramente afastá-la da acepção de direito à informação no âmbito do direito da comunicação, pois nesta perspectiva tem seu sentido permeado pelo direito fundamental da liberdade de expressão, requerendo do Estado e das demais pessoas que não obstem o acesso e o repasse da informação. Nos moldes do direito do consumidor o que se pretende é uma prestação positiva do fornecedor para que aquele compreenda o que está contratando e suas reais implicações.

81

E o que se pretende do Estado em relação ao direito à informação na perspectiva do direito do consumidor é uma prestação mediata, ou seja, que o Estado crie meios para garantir a proteção e a eficácia do direito ante o fornecedor. Por sua vez ao fornecedor restará a prestação positiva imediata, pois participante direto da relação de consumo, cabendo-lhe dotar o consumidor das informações necessárias e suficientes para uma decisão consciente.⁸² Entendimento este defendido por Luiz Netto Lôbo:

O direito à informação, no âmbito exclusivo do direito do consumidor, é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo. Assim, não se dirige

⁸⁰ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2008, p.59.

⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, p. 4, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>. Acesso em: 02 mar. 2011.

⁸² *Ibidem*, p. 4.

negativamente ao poder político, mas positivamente ao agente de atividade econômica.⁸³

Note-se que não há que se falar em direito à informação satisfeito sem que o fornecedor cumpra seu dever de informar. Este dever de informar pode derivar de dois meios técnicos: “ou se deriva o dever de informar de um princípio jurídico, ocorrendo sua modelagem exclusivamente por via judicial”⁸⁴, como no caso de derivação do princípio da boa-fé objetiva, “ou se pontua diretamente na lei os casos em que é devido, determinando-se na lei também a sua forma”⁸⁵. Inobstante reconheça a importância da boa-fé objetiva em relação ao dever de informar “para preencher lacuna ou para otimizar o dever de colaboração, reduzindo a assimetria informativa”⁸⁶, Judith Martins-Costa, reconhece que no que tange às relações de consumo “o dever é preponderantemente imposto pela lei”⁸⁷.

Assim, é imprescindível buscar-se na lei seus fundamentos, a começar da Lei Maior, a Constituição Federal, que em seu art. 5º, XIV, assegura o direito à informação, e neste mesmo artigo em seu inciso XXXII, dispõe sobre a defesa do consumidor.⁸⁸ Da mesma forma, o artigo 170, V, da Carta Magna, dispõe sobre a defesa do consumidor na ordem econômica.⁸⁹

Busca-se nesses textos fundamentar a informação como direito fundamental do consumidor devido à inexistência de norma específica que assim o discipline, ou seja, tal natureza do direito à informação do consumidor está contida de forma implícita no texto constitucional.⁹⁰ Diverge desta posição Fábio Konder Comparato, para quem, em que pese a disposição do art. 5º, XXXII, estar inserida no

⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 5.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*, p. 294-295.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*, p. 294.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*, p. 299.

⁸⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁸⁹ Art. 170 CF/88: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor.

⁹⁰ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*, p. 50.

título dos direitos e garantias fundamentais, “o que importa, na verdade, é saber se se está ou não diante de situações subjetivas em que alguém possa, efetivamente, exigir algo de outrem, ou seja, tenha uma *pretensão*”⁹¹, assim para aquele autor “a proteção ao consumidor, referida genericamente no citado dispositivo de nossa Constituição, não pode ser considerada uma prestação pública determinada”⁹², e assim sendo “nenhum dever estatal específico de proteção determinada ao consumidor existe, enquanto não declarado em lei”⁹³. Ou seja, para Fábio Konder Comparato a defesa do consumidor nos termos da referida norma não se consubstancia em autêntico direito fundamental, devendo ter sua interpretação vinculada ao princípio constante do artigo 170, V, da Constituição Federal. Assim:

A defesa do consumidor é declarada, no art.170, como princípio geral da atividade econômica, o que já dá uma idéia precisa de como o constituinte brasileiro de 1988 entendeu as relações de consumo. O consumidor, objeto dessa proteção constitucional, é considerado unicamente como agente econômico.⁹⁴

Esta visão meramente econômica do consumidor fere o princípio da dignidade da pessoa humana, por isso, Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta que o direito do consumidor caracteriza-se como direito fundamental de terceira geração, sobretudo porque surgiu como reação ao paradigma das teorias econômicas que haviam despersonalizado o consumidor e o transformado em um objeto da cadeia de consumo.⁹⁵ Desta forma, não é sem propósito que o legislador inseriu a defesa do consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais, ao contrário assim o fez para demonstrar que proteger o consumidor é zelar pela dignidade da pessoa humana.

Para Fernanda Nunes Barbosa os ideais liberais que estabeleciam como centro do ordenamento jurídico o Código Civil, a exemplo do Código Napoleônico de 1804, com regras bastante rígidas, e a Revolução Industrial, acabaram por desconsiderar a dignidade do ser humano, em razão de um ideal de segurança, ordem e unidade, cominando na 1ª Guerra Mundial e na crise de 1.929. A partir daí a sociedade percebeu que as legislações e o Estado não são um fim em si mesmos, mas o

⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p.175-187.

⁹² Ibidem.

⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988, p. 180.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, p.5

sujeito, a pessoa e sua dignidade, são o fim precípua do aparato social. Tentou-se superar, dessa forma, o egoísmo e individualismo marcante da modernidade, os quais deram lugar aos valores da coletividade, solidariedade e colaboração, características da pós-modernidade.⁹⁶

Neste diapasão, ganhou força o chamado “fenômeno da constitucionalização do direito privado”⁹⁷, pois a Constituição, como carta política, expressão dos anseios da sociedade, passa a ter primazia na reorganização do ordenamento jurídico e, em particular, no direito privado. Assim, a Constituição traz os princípios, os valores, que nortearão a interpretação e aplicação das demais normas. Em consequência, o Código Civil perde espaço, e matérias afetas a determinados grupos passam a ser reguladas por leis específicas, orientadas pelo texto constitucional.⁹⁸

Neste passo:

O fenômeno da constitucionalização do direito privado ganha força, assim, com a “descaracterização” do Código Civil e de toda a ideologia que o inspirou. O diploma civil tal como concebido até então se mostra incapaz de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos sociais, que vieram a ser editados para a proteção de grupos determinados, os quais não mais encontravam nesse diploma geral disciplina para as diversas situações jurídicas suscitadas pela nova realidade.⁹⁹

Nesta nova organização do Direito surgem: o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor. Assim, com a mitigação da importância do Código Civil ocorre também a aproximação do direito público com o privado, enfraquecendo esta dicotomia, pois também as normas de direito privado, para encontrarem real significado, passam a ser compreendidas à luz da Constituição. Desta feita, inobstante o Código de Defesa do Consumidor trate da relação entre particulares, está, sem dúvidas, impregnado de questões de ordem pública, as quais não podem ser objeto de disposição.¹⁰⁰

Neste contexto a Constituição Federal de 1.988 tratou da defesa do consumidor também no artigo 48 do ADCT que determinou a elaboração do Código de

⁹⁶ BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: *direito e dever nas relações de consumo*, p.73-74.

⁹⁷ Ibidem, p. 78.

⁹⁸ BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: *direito e dever nas relações de consumo*, p. 78.

⁹⁹ Ibidem, p. 80.

¹⁰⁰ BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: *direito e dever nas relações de consumo*, p. 80.

Defesa do Consumidor. O prazo que este dispositivo legal estipulara não fora respeitado, mas isto não significou prejuízo ao novo período que o Código de Defesa do Consumidor inaugurou, pois antes de sua edição os conflitos envolvendo as relações de consumo eram dirimidos sob a perspectiva do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850, “ademais, era evidente que tais diplomas normativos protegiam mais o fornecedor do que o consumidor”¹⁰¹.

Frise-se que as relações de consumo contemporâneas do Código Civil de 1916 não podem se comparar com as atuais, devido ao grande desenvolvimento tecnológico hodierno, com evidência no uso da internet como meio de muitas dessas relações e o alcance de outros veículos de comunicação em massa, a exemplo da televisão.¹⁰² Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor consubstancia-se em instrumento hábil para a defesa do consumidor no tempo presente, desta forma não poderia ficar silente em relação ao seu direito à informação, por isso o elencou entre os princípios orientadores das relações de consumo, é o que prescreve o artigo 4º, IV, do CDC.¹⁰³

Assim, a concretude daqueles objetivos enumerados no *caput* do artigo 4º do CDC só será atingida se forem atendidos alguns princípios, dentre os quais “a informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres”. Todos aqueles objetivos, respeito à dignidade do consumidor, proteção de seus interesses econômicos, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, dependem do princípio basilar de informação. Para deixar explícita a relevância que a informação adquire na defesa dos consumidores, o artigo 6º, III, do CDC, cita a informação adequada e clara como direito básico destes.¹⁰⁴

Neste diapasão também os artigos 12, 14, 18 e 20 do CDC atribuíram lugar de destaque à informação no que tange à responsabilidade do fornecedor nas

¹⁰¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis*, p. 434.

¹⁰² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis*, p. 434.

¹⁰³ ART. 4º: A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) IV – educação e informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

¹⁰⁴ Art. 6º, III: A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

relações de consumo, prescrevendo aquelas normas a responsabilidade objetiva do fornecedor por danos decorrentes de falha em seu dever de informar.

Assim, a Lei 8.078/90 admite que o consumidor está sujeito a danos decorrentes não somente da má prestação de serviços, mas também por falha do fornecedor em seu dever de informar. Desta forma, ocorrendo danos em decorrência de informação insuficiente ou inadequada sobre a fruição ou riscos de produtos e serviços o fornecedor responderá objetivamente por eles.

2.3 Requisitos do dever de informar

Destarte, diante da impossibilidade hodierna de o consumidor conhecer todas as características do produto e também da marcante massificação do consumo se torna imperativo do sistema de proteção ao consumidor o dever por parte do fornecedor de informá-lo de suas peculiaridades.

Deve-se, pois, inquirir sobre os requisitos que, se ausentes, podem ensejar o descumprimento do dever de informar por parte do fornecedor. É sabido que o direito à informação é um direito básico do consumidor, assim previsto no artigo 6º, inciso III, do CDC. Este dispositivo traz algumas características básicas da informação, assim a informação deve ser “adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Neste sentido também o artigo 31 do mesmo diploma legal traz tanto as características básicas da informação como o seu objeto, ou seja, a maneira de informar e o que deve ser informado.¹⁰⁵ Quanto ao seu objeto, a norma o exemplifica, assim, não exaure as possibilidades do conteúdo desse dever. Inobstante, dever-se-á analisar o caso concreto para definir-se o que deve ser informado, haja vista que

¹⁰⁵ Art. 31: A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

“dependendo das características do produto ou do serviço, não se exigirá que *todos* os elementos dispostos na norma sejam apresentados”.¹⁰⁶

Quanto à forma do dever de informar, aquele artigo cita que as informações devem ser “corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa”. Ao regulamentar a Lei nº 10962, de 11 de outubro de 2004 (a qual dispõe sobre as condições de oferta e afiação de preços de produtos e serviços para o consumidor), o decreto 5903, de 20 de setembro de 2006, em seu artigo 2º, inciso II do parágrafo primeiro, define informação clara como a “que pode ser entendida de imediato e com facilidade pelo consumidor, sem abreviaturas que dificultem a sua compreensão, e sem a necessidade de qualquer interpretação ou cálculo”. Em seu artigo 2º, parágrafo primeiro, inciso I, descreve que *informação correta* é “a informação verdadeira que não seja capaz de induzir o consumidor em erro”. A ostensividade ainda de acordo com o artigo 2º, parágrafo primeiro, daquele decreto, significa: “*a informação que seja de fácil percepção, dispensando-se qualquer esforço na sua assimilação*”.

Paulo Luiz Netto Lôbo enumera três requisitos da informação ao consumidor: adequação, suficiência e veracidade. A adequação está ligada aos meios que serão mais eficazes no cumprimento do dever de informar, levando-se em conta o produto ou serviço e o consumidor típico. Nesse diapasão a linguagem empregada deve ser clara e precisa de forma que facilite a compreensão ao consumidor, sendo vedada a linguagem por demais técnica.¹⁰⁷

O aferidor de adequação quanto à informação será sempre o consumidor típico, ou seja, o destinatário ordinário do produto ou serviço será sempre tido como referencial para dizer se a informação foi ou não comunicada de forma adequada.¹⁰⁸ Neste passo:

O consumidor, tantas vezes referido, é o titular do direito à informação. Mas qual consumidor? Por certo não é o consumidor individual e concreto em determinada relação de consumo, pois o dever de informar é objetivamente concebido em relação a todos os adquirentes e utentes do produto ou do serviço fornecido. Dessarte, há

¹⁰⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 471.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 10-11.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 8.

de ser considerado o consumidor típico, independentemente do maior ou menor grau de acesso individual à informação.¹⁰⁹

Esta adequação parece guardar estreita semelhança com o que Fernanda Nunes Barbosa chamou de compreensibilidade. Para ela, esse é um requisito que se completa no destinatário, requerendo primeiramente uma captação pelo emissor do contexto social e intelectual do receptor, para que transmita a informação de maneira que aquele a apreenda ¹¹⁰.

A suficiência relaciona-se com a transparência do fornecedor na hora de apresentar o produto ou serviço, aconselhando que não omita intencionalmente informações, sobretudo aquelas que os desabonem. A informação deve ser completa e integral para que o consumidor tenha a real dimensão do que e em que condições está contratando ¹¹¹. Isto porque o consumidor não está obrigado a dispensar esforço além do natural para compreender o que lhe é devido, o que decorre justamente de não possuir o conhecimento técnico específico para tanto. Atualmente não são raros os casos em que os fornecedores impõem aos consumidores contratos de adesão, sem, no entanto, lhes dar conhecimento a que realmente estão aderindo. Foi neste sentido que o legislador tratou no artigo 46 do CDC da hipótese da desobrigação do cumprimento do contrato de consumo por ofensa ao direito de informação, quando é mitigado ao consumidor tomar conhecimento do conteúdo do contrato ao qual se obriga.

Por último, a informação deve ser veraz, ou seja, isenta de engodo, de sutilezas que induzam ao erro. A questão não é só deixar o fornecedor de informar algo relevante ao consumidor, mas também se aquilo que ele informa não induz este em erro, como acontece na publicidade enganosa. Não se requer uma mera conduta positiva do fornecedor, mas que esta conduta esteja dotada de critérios suficientes a oferecer para o consumidor a oportunidade de uma escolha consciente. ¹¹²

Para Fernanda Nunes Barbosa a veracidade é “a correspondência entre o que se quer fazer saber e a realidade objetiva” ¹¹³. Cita ainda o requisito da objetividade, sem o qual impossível se delimitar o alcance da responsabilidade do

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 8.

¹¹⁰ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*, p. 61.

¹¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 5.

¹¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 5.

¹¹³ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*, p. 61.

fornecedor, ou seja, embora tivesse cumprido com todos os parâmetros legais do dever de informar, nunca poderia se escusar da responsabilidade em face da escolha do consumidor.

Portanto:

[...] do dever de informar advém um dever *qualificado*, de conselho, por se tratar o prestador de um *expert*, restando ao credor a liberdade de apreciá-lo e de avaliar os riscos, o que, em princípio, exime o profissional da responsabilidade por eventuais danos causados pela execução de um comportamento livremente elegido.¹¹⁴

Com efeito, extremar a subjetividade do dever de informar seria lesivo tanto ao consumidor quanto ao fornecedor, pois o que se pretende não é o excesso de informação, mas a “eficiência da mensagem informativa”¹¹⁵.

Saliente-se que o dever de informar do fornecedor não se relaciona somente às características do produto, engloba também o conteúdo do contrato, pois “sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou que simplesmente não deseja”¹¹⁶. Ou seja, o consumidor pode ter sido convencido de que o bem objeto de consumo é ideal para sua necessidade, no entanto considerar que tais características não sobrepujam as desvantagens do contrato a que se vincularia.

Cite-se, como exemplo, o consumidor que na pretensão de comprar um automóvel fora informado, nos termos do artigo 31 do CDC, de todas as peculiaridades referentes a aquele veículo, mas que ao firmar contrato para aquisição daquele com uma instituição financeira não fora informado que estava adquirindo-o na modalidade de *leasing*, havendo, desta forma, infringência ao dever de informar do fornecedor.

¹¹⁴ BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: *direito e dever nas relações de consumo*, p. 65.

¹¹⁵ BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: *direito e dever nas relações de consumo*, p. 59.

¹¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003, p. 408.

3 A INFORMAÇÃO COMO ATENUANTE DA VULNERABILIDADE

3.1 A informação assecuratória do direito de escolha

Da abordagem anterior sobre a vulnerabilidade e informação conclui-se que quanto mais desinformado o consumidor maior o seu grau de vulnerabilidade nas relações com o *expert*. E neste contexto alguns bens e direitos do consumidor são afetados pela relação entre estas grandezas inversamente proporcionais, vulnerabilidade e informação, a exemplo da saúde e segurança, como também seu patrimônio, isto porque a informação prestada ou omitida pelo fornecedor em dado momento determinará a proteção ou expropriação daqueles bens e direitos do consumidor.

Para Cláudia Lima Marques “informação é tudo aquilo que faz uso o consumidor para decidir” ¹¹⁷. Esta decisão está intimamente ligada à autonomia privada, como também à informação que se tem no momento da escolha, pois a informação é o instrumento de convencimento utilizado pelo fornecedor para “vender” seu serviço ou produto, por isso a falha nesta informação denota uma agressão à autonomia do consumidor.

A autonomia privada, inicialmente conhecida como autonomia da vontade, tem lugar eminente na teoria dos contratos, alcançou seu auge no século XIX, “reflexo jurídico do individualismo filosófico e do liberalismo econômico da época” ¹¹⁸. Isso se explica pela ascensão dos ideais burgueses de liberdade e igualdade formais, dos quais advinha também a “mais ampla liberdade de contratar, elemento inerente ao princípio da autonomia da vontade” ¹¹⁹, significando também aversão a quaisquer ingerências do Estado na ordem econômica. Neste contexto a obrigação contratual tinha como “única fonte a vontade das partes, servindo a lei para assegurar somente o adimplemento do acordo, abstendo-se o Estado de qualquer intervenção nas relações entre os indivíduos” ¹²⁰. Nesta concepção a autonomia da vontade desdobrava-se em

¹¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, p. 460.

¹¹⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 55.

¹¹⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 55.

¹²⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 50.

dois princípios fundamentais do direito civil: da liberdade contratual e da obrigatoriedade do contrato.¹²¹

O equivoco de conferir tamanho poder à vontade dos particulares foi ignorar a desigualdade material entre eles, presumindo-os iguais, sem cogitar-se do inerente “desequilíbrio econômico e intelectual”¹²² entre os indivíduos. Assim:

Deixar as partes contratantes regerem suas relações ao próprio arbítrio, fundando-se na incontestabilidade da autonomia da vontade, representava um fomento descomedido ao mau exercício do direito, pois era resplandecente a desigualdade de condições negociais, e também porque a auto-outorga de direitos sobre bens e pessoas é aspecto inegável da essência humana.¹²³

Em outras palavras, a vulnerabilidade do contratante mais fraco era desconsiderada em virtude da igualdade formal conferida pela lei, mas, mormente, em prol da intangibilidade da autonomia da vontade. Este foi um dos fatores preponderantes para o acúmulo de capital pela classe dominante do mercado industrial e mercantil, pois esta se impunha sobre as demais em razão de seu poder econômico, sobretudo após o advento dos contratos de adesão. A industrialização, assim, mostrou sua outra face, originando “problemas sociais e econômicos [...] com o empobrecimento da população, demonstrando que a igualdade formal era incapaz de realizar a justiça social”¹²⁴.

Decorrente disto transformou-se o comportamento do Estado, o qual tinha até então uma conduta passiva diante da sociedade, passou-se, pois, a exigir do mesmo “um comportamento positivo, de intervenção na esfera da liberdade individual, a fim de propiciar uma transição entre as liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”¹²⁵. Neste contexto buscou-se a harmonia entre os interesses sociais e a autonomia individual, ingressando a autonomia da vontade “num período de

¹²¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 49-50.

¹²² SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 51.

¹²³ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 58.

¹²⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 61.

¹²⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 61.

transformação e de reelaboração, em decorrência da intervenção estatal”¹²⁶, por sua vez:

O princípio da força obrigatória dos contratos, decorrente da autonomia da vontade, perdia sua força. Não era mais admissível a idéia de um pacto irretratável quando se tem conhecimento de que os ônus contratuais foram assumidos em condições desiguais.¹²⁷

Daí surgirem a “possibilidade de revisão judicial dos contratos por motivos de desequilíbrio negocial”¹²⁸, o que antes só era possível diante de vícios formais, a proibição de cláusulas contratuais iníquas, a regulação de preços e até mesmo a imposição de determinadas cláusulas contratuais a certos negócios jurídicos. A palavra de ordem a partir deste momento era equilíbrio, assim “buscou-se restringir a vontade do maior para que a vontade do menor pudesse ser manifestada de forma paritária”¹²⁹. A lei, de um papel meramente supletivo diante da vontade das partes, passa a limitá-la em favor da busca pela função social do contrato, da mesma forma “os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações serviram para reduzir a importância da vontade individual”¹³⁰.

A autonomia privada, assim, significa autorregulação de interesses privados dentro dos parâmetros legais, não excluindo a noção de vontade, mas enxergando-a sob uma nova perspectiva, “redimensionando seu valor de acordo com o trânsito jurídico, superando a noção individualista, e reconhecendo outras fontes de deveres jurídicos”¹³¹, por exemplo, a boa-fé objetiva.

Ressalte-se, porém:

Não se trata somente de circunscrever a autonomia da vontade nas fronteiras do ordenamento jurídico. A atual concepção de autonomia privada é principiológica, o que significa tomá-la como um princípio

¹²⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 63.

¹²⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 63.

¹²⁸ Ibidem, p. 64.

¹²⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 64.

¹³⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 71-72.

¹³¹ CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: O corpo objeto das relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 49.

fundamental da ordem jurídica, ao lado de outros princípios e direitos fundamentais, que se limitam e conformam reciprocamente.¹³²

Desta forma, embora a autonomia privada tivesse que se adequar à “socialização” ou “publicização” do direito privado, isto não significou total perda da importância da vontade para os negócios jurídicos, mas tão somente sua relativização para que o contratante débil não fosse constrangido a assumir obrigações desproporcionais àquelas da contraparte. Neste sentido “a intervenção estatal na esfera privada se dá para possibilitar uma efetiva autodeterminação da pessoa”¹³³.

Neste passo, ainda que a autonomia privada tenha ganhado uma nova imagem, assim aconteceu para que se assegurasse “o exercício paritário da liberdade negocial”¹³⁴, ou seja, sua reestruturação se deu para que fosse possível proteger os interesses dos consumidores, os quais tinham sua liberdade cerceada por um formalismo tendencioso a beneficiar os fornecedores. Nestes novos moldes, no entanto, e em consonância com os “princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial”¹³⁵, a autonomia do consumidor deve ser protegida e um instrumento eficaz neste intuito é a informação, pois fornecidas as informações assume o consumidor “novamente sua condição de sujeito autônomo”¹³⁶. Por isso, da vulnerabilidade do consumidor se depreende sua necessidade de ser informado, como também o dever de informar do fornecedor. Assim explica Judith Martins-Costa:

Aos deveres de informação na relação jurídica se liga o princípio da vulnerabilidade do consumidor, o qual, como já referi em outros trabalhos, é vulnerabilidade técnica, compreensível a partir do maior grau de informação sobre o produto e serviço que o fornecedor possui, na sua relação com o consumidor. Neste tipo de relação, portanto, intensificam-se (*sic*) sobremaneira o conteúdo do dever de informar, havendo graduação do mesmo entre as suas variadas espécies.¹³⁷

¹³² CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: *O corpo objeto das relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 50.

¹³³ CALÒ, Emanuele. *Apud* CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: *O corpo objeto das relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 50.

¹³⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 70.

¹³⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 72.

¹³⁶ CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: *O corpo objeto das relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 133.

¹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: *sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999, p.395.

Este desequilíbrio da relação de consumo deu ensejo à transformação na doutrina da autonomia privada, para que a vontade real do contratante mais fraco fosse valorizada em detrimento da vontade imposta pelo co-contratante mais poderoso. Assim, a vontade não deixa de vincular, mas somente a decisão fruto de uma vontade externada após um processo de informação do contratante débil rechaça, na medida do possível, aquele desequilíbrio entre as partes e legitima o negócio jurídico.

Assim, não há uma verdadeira autodeterminação ou “‘liberdade’ de escolha se aquele que detêm uma informação importante e essencial para [...] decisão de consumir a omite”¹³⁸, pois mesmo sendo um leigo o consumidor valora a informação, sendo esta atitude inerente à pessoa humana. Daí que a prestação ou omissão de informações relevantes influenciam sua decisão de contratar, “seja de forma definitiva (contratar ou não contratar), seja de forma parcial (contrataria, mas de outro modo)”¹³⁹. Ou seja:

A exigência de informação sobre cláusulas contratuais, condições gerais de negócio e quantidade e qualidade do produto ou serviço, nas relações de consumo, dirigem-se à tutela da autodeterminação da parte mais vulnerável, permitindo que ela pondere com base nas informações sobre a conveniência do negócio.¹⁴⁰

Em decorrência disso, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que “somente a vontade racional, a vontade realmente livre (autônoma) e informada, legítima, isto é, tem o poder de ditar a formação e, por consequência, os efeitos dos contratos entre consumidor e fornecedor”¹⁴¹, assim “a falta de informação implica que as cláusulas desfavoráveis ao consumidor não possam surtir efeito na relação *in concreto*”¹⁴². Busca-se, pois, garantir ao consumidor:

[...] o máximo conhecimento das peculiaridades do negócio, para, atenuando a vulnerabilidade de informações existente perante o fornecedor, possibilitar o conhecimento de circunstâncias que podem, antes mesmo da contratação, fazê-lo desistir da celebração do negócio,

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, p. 468.

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, p. 495.

¹⁴⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil . *Apud* CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: *O corpo objeto das relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 147.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003, p. 407.

¹⁴² PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil . *Apud* CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: *O corpo objeto das relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 147.

negociar as condições do contrato e, sobretudo, evitar a frustração das suas expectativas.¹⁴³

Depreende-se dessas afirmações o papel fundamental da informação na formação do vínculo jurídico entre consumidor e fornecedor, pois tem o caráter de fortalecer a autonomia do consumidor, assegurando-lhe uma decisão mais consciente, conseqüentemente seu direito de escolha, equilibrando a relação de consumo. Desta maneira, a vulnerabilidade, embora traço característico do consumidor, tem seus efeitos, em parte, abrandados pelo cumprimento do dever de informar, alcançando, também, desta forma, o objetivo de transparência prescrito na lei.

3.2 Informação na publicidade

Quando se fala em direito de informação na fase pré-contratual das relações de consumo necessário se faz tratar da publicidade. A publicidade não se confunde com a propaganda, pois a primeira tem finalidade comercial, enquanto a propaganda visa difundir idéias de cunho ideológico, religioso, filosófico, político ou social ¹⁴⁴. Para Liliana Minardi Paesani “a publicidade pode ser definida como o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir bens ou serviços” ¹⁴⁵.

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha as definições de publicidade são praticamente unânimes no que concernem a duas de suas finalidades, quais sejam: informar e persuadir. Demonstra que houve gradativamente uma mudança de objetivo da publicidade, “que de meio informativo se converteu em instrumento de convencimento do consumidor” ¹⁴⁶. Esta mudança aliada ao poder da publicidade de criar artificialmente demandas, em detrimento da identificação das necessidades reais

¹⁴³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. O código de defesa do consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: alguns apontamentos. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

¹⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V., Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 229.

¹⁴⁵ PAESANI, Liliana Minardi. A publicidade móvel e a vulnerabilidade do consumidor. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁴⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. O controle jurídico da publicidade no CDC. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 177-178.

dos consumidores, contribuiu para o agravamento da fragilidade do consumidor, justificando o controle jurídico daquela. Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin na quantidade de pessoas alcançadas pela mensagem publicitária, mas, mormente, na vulnerabilidade do consumidor, está a justificativa do regramento da publicidade. Segundo este autor:

A publicidade é parte de um amplo universo de fenômenos de mercado que são regrados porque afetam sujeitos vulneráveis e, por sua própria natureza, apresentam-se como manifestações que tendem à insubordinação contra os parâmetros da confiança, da transparência e da boa-fé objetiva, exigências da vida civilizada.¹⁴⁷

Diante do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor frente à publicidade, impõe-se à mesma obediência a alguns princípios, dentre os quais, o princípio da identificação da publicidade, o princípio da transparência da fundamentação, o princípio da proibição da publicidade enganosa e da publicidade abusiva e o princípio da vinculação publicitária.¹⁴⁸ O princípio da identificação está previsto no artigo 36, *caput*, do CDC, e reza que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, ou seja, veda a publicidade mascarada ou dissimulada, como acontece nos casos de “merchandising”. O parágrafo único do mesmo artigo descreve o princípio da transparência da fundamentação, da seguinte forma: “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Por sua vez o princípio da proibição da publicidade enganosa e da publicidade abusiva está prescrito no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece ainda em seus parágrafos as definições de publicidade enganosa, abusiva e enganosa por omissão. Desta forma estabelece o § 1º do artigo 37 do CDC: “é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade,

¹⁴⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2011. p. 277. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40533>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

¹⁴⁸ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. O controle jurídico da publicidade no CDC. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 179-180.

quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. Acrescente-se que as informações ou comunicações de caráter publicitário devem respeitar o princípio da veracidade, no entanto, ainda que veraz, a informação que levar o consumidor a erro será considerada enganosa¹⁴⁹. A publicidade enganosa macula a boa-fé do consumidor, uma vez que este espera que a informação veiculada naquela seja fidedigna.¹⁵⁰

A publicidade abusiva, por sua vez, está descrita no parágrafo 2º do artigo 37 do CDC.¹⁵¹ Eunice Aparecida de Jesus Prudente defende que “a publicidade abusiva explora a vulnerabilidade do consumidor ofendendo valores elegidos pelo povo e, portanto, tutelados pelo direito”¹⁵². Para aquela autora a proibição da publicidade abusiva ganha sentido na medida em que este tipo de publicidade “ofende a ordem pública, isto é, o interesse público de que todos respeitem o ordenamento jurídico”¹⁵³.

O princípio da vinculação da publicidade obriga o fornecedor a cumprir aquilo que prometera em sua mensagem, atribuindo-lhe valor contratual, para tanto devendo estar presentes dois pressupostos, veiculação e precisão da informação.¹⁵⁴ Nota-se, portanto, que a publicidade revestida do princípio da vinculação se equipara à oferta. Essa noção moderna de publicidade como oferta deu-se devido à transformação na teoria clássica da formação dos contratos, na qual, em sua origem, reside “a

¹⁴⁹ PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Boa-fé e ordem pública: os fundamentos da publicidade consumerista. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 157-167.

¹⁵⁰ PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Boa-fé e ordem pública: os fundamentos da publicidade consumerista. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 157-167.

¹⁵¹ Art. 37, §2º: É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

¹⁵² PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Boa-fé e ordem pública: os fundamentos da publicidade consumerista. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 161.

¹⁵³ PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Boa-fé e ordem pública: os fundamentos da publicidade consumerista. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 163.

¹⁵⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2011. p. 276. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40533>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

necessidade de, pela lei, reequilibrarem-se as relações no mercado, profunda e universalmente desestabilizadas no terreno publicitário (a vulnerabilidade do consumidor no seu máximo grau)”¹⁵⁵.

Percebe-se assim, dentre outras finalidades, que a regulamentação da publicidade, assim como os princípios que lhe servem de corolário, tem o fim precípua de “assegurar aos consumidores um fluxo adequado e preciso de informações sobre produtos e serviços no chamado modelo informativo”¹⁵⁶, em razão de sua vulnerabilidade. Assim, a publicidade que se coaduna com os princípios antes expostos preserva as legítimas expectativas do consumidor, decorrentes da confiança depositada na informação veiculada. Certo que o interesse do fornecedor com a publicidade é de caráter incitativo, na contramão desse sistema, no entanto, encontra-se seu dever de informação, limitando a atuação persuasiva da mensagem e conformando-a com critérios aceitáveis e não danosos ao consumidor.

3.3 Informação no contrato de consumo

Assim como na fase pré-contratual vige a preocupação com a transparência e clareza, norteadas pela boa-fé objetiva, na fase contratual não é diferente, impera o dever de cooperação entre os contraentes, o cuidado com o conteúdo do contrato, mormente no que tange ao equilíbrio e equivalência entre as obrigações assumidas, zelando pelo princípio do equilíbrio econômico, somando-se a este a função social do contrato.

Tal qual a publicidade e a oferta o contrato está imbuído de informações, sendo mesmo um veículo eficiente para o conhecimento destas, devendo sua redação mais que vincular, informar o consumidor, facilitando sua compreensão. Dessa forma, reconhece-se o aspecto informativo do contrato na persecução dos fins de transparência e lealdade, impondo o CDC que este instrumento seja redigido de maneira clara.

¹⁵⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2011. p. 278. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40533>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

¹⁵⁶ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. O controle jurídico da publicidade no CDC. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 179.

A figura típica deste momento é o contrato de adesão, ao qual, em razão de sua natureza, principalmente pelo fato de suas cláusulas serem estabelecidas de maneira unilateral pelo fornecedor, são impostas restrições de ordem pública, as quais “buscam estabelecer um certo equilíbrio de forças entre partes desiguais” ¹⁵⁷. Destaque-se que o contrato de adesão não é uma categoria autônoma de contrato, mas técnica de formação do contrato, podendo até mesmo ser celebrado verbalmente ¹⁵⁸.

Os contratos de adesão escritos, por força do parágrafo 3º do artigo 54 do CDC, devem conter termos claros e caracteres ostensivos para facilitar a compreensão do consumidor. Este dispositivo tem a finalidade de possibilitar ao consumidor o “conhecimento do conteúdo do contrato pela simples leitura, sem prejuízo do dever de esclarecimento por parte do fornecedor” ¹⁵⁹. O mesmo dispositivo estabelece ainda que o tamanho da fonte nos contratos não será inferior ao “corpo 12”, sendo este o mínimo legal, devendo, contudo, este padrão, ajustar-se com o grau de vulnerabilidade do consumidor ¹⁶⁰. Assim, por exemplo, no caso do contrato ser estabelecido com consumidor idoso, poderá o magistrado “concluir que o tamanho doze (que sofre variação conforme o tipo de letra) não permitiu a compreensão e clareza desejadas” ¹⁶¹.

Questão que merece atenção diz respeito às cláusulas que impliquem limitação de direito do consumidor, quanto a essas o § 4º do artigo 54 dispõe que deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. Vale dizer que, em verdade, o fornecedor deve advertir o consumidor quanto àquelas cláusulas, não sendo suficiente seu mero destaque. Neste sentido, o STJ exarou a seguinte decisão:

¹⁵⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 321.

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. ali. Código brasileiro de defesa do consumidor: *comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I, p. 652-653.

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. ali. Código brasileiro de defesa do consumidor: *comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I, p. 653-654.

¹⁶⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 330.

¹⁶¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 330.

Cláusula restritiva, contida em contrato de adesão, deve ser redigida com destaque a fim de se permitir, ao consumidor, sua imediata e fácil compreensão. O fato de a cláusula restritiva estar no meio de outras, em negrito, não é suficiente para se atender à exigência do Art. 54, § 4º, do CDC. - A lei não prevê - e nem o deveria - o modo como tais cláusulas deverão ser redigidas. Assim, a interpretação do Art. 54 deve ser feita com o espírito protecionista, buscando sua máxima efetividade.¹⁶²

De outro lado, mesmo que o consumidor esteja ciente da existência das cláusulas limitativas, deve ser inconfundível para ele o sentido delas. Assim julgou o STJ, no Recurso Especial nº 814.060 – RJ:

Os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC, estabelecem que é direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato, garantindo-lhe, ademais, não somente uma clareza física das cláusulas limitativas – o que é atingido pelo simples destaque destas -, mas, sobretudo, clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido. 4. O esclarecimento contido no contrato acerca da abrangência da cobertura securitária que reproduz, em essência, a letra do art. 155 do Código Penal, à evidência, não satisfaz o comando segundo o qual as cláusulas limitadoras devem ser claras por óbvio, aos olhos dos seus destinatários, os consumidores, cuja hipossuficiência informacional é pressuposto do seu enquadramento como tal.¹⁶³

Desta feita percebe-se que não basta para adimplir o dever de informação somente um atendimento formal à estipulação legal, *mister* declarar ao consumidor o sentido das cláusulas contratuais. Frise-se que a ementa de julgamento do recurso supracitado menciona a “hipossuficiência informacional” como justificativa da necessidade de clareza das cláusulas limitativas de direito, no entanto, o termo mais adequado seria vulnerabilidade informacional.

Além da clareza física e semântica deve-se observar o momento da exposição daquelas cláusulas ao consumidor, inadmitindo-se que seja posterior ao ato de contratação. Oportuno citar julgado do STJ em que as recorrentes, beneficiárias de seguro de vida, interpuseram recurso especial em face de decisão que reconhecia à companhia de seguros o direito de se negar a pagar o seguro por morte do segurado, pois este falecera em virtude de acidente automobilístico e, na oportunidade, estava sob o efeito de álcool:

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 774.035 – MG. Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. TERCEIRA TURMA. Julgamento em 21/11/2006. DJ: 05/02/2007.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 814.060 – RJ. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. Julgamento em 06/04/2010. DJe: 13/04/2010.

1. Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, § 4º do CODECON e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. 2. No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do "manual do segurado", enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, § 4º do CDC. 3. Nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor: "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance".¹⁶⁴

A controvérsia, neste caso concreto, não estava em o seguro cobrir ou não a hipótese de acidente quando o condutor estivesse dirigindo sob o efeito de álcool, mas em que o segurado tivesse sido adequadamente informado daquela limitação contratual, o que não se observou.

Portanto, o momento oportuno para informar o consumidor deve ser respeitado, sob pena de violação do dever de informação. Neste diapasão, o Código de Defesa do Consumidor nega eficácia aos contratos dos quais ao consumidor não foi dada "oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance". Exemplo comum no qual se nega ao consumidor este direito é o do consumidor que vai até uma agência bancária e lhe são oferecidos serviços como conta corrente vinculada a contrato de crédito rotativo, conhecido como "cheque especial", acabando por assinar um contrato cujas cláusulas, na maioria das vezes, remetem a documentos registrados em cartório, aos quais o consumidor nunca terá acesso, e, ainda que o tivesse, a sua possibilidade de compreensão dos termos daqueles seriam exíguos.

Assim, com fulcro no artigo 46 do CDC, reconheceu o STJ a importância do momento adequado para fornecer a informação ao consumidor, nestes termos: "é ineficaz, no contrato de adesão, cláusula inserida em documento que –

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.219.406 – MG. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. Julgamento em 15/02/2011. Dje 18/02/2011.

embora registrado em cartório - não foi exibido ao consumidor, no momento da adesão”

165 .

Destarte, se o consumidor não for informado antecipadamente sobre o conteúdo do contrato, suas reais implicações, não estará obrigado a cumpri-lo. Nos termos do artigo 46 do CDC, na lição de Leonardo Roscoe Bessa, “devem as partes voltar ao estado anterior da ‘contratação’, sem prejuízo de eventual indenização em favor do consumidor”¹⁶⁶.

No que tange ao contrato como instrumento de informação ao consumidor, merece destaque, o alargamento da noção de seu conteúdo. Esta ampliação se dá por meio da disposição do artigo 30, permeado pelo princípio da vinculação e precisão, assim como do artigo 48, ambos do CDC. Segundo estes, toda informação ou publicidade, desde que precisas, e as declarações de vontade escritas vinculam o fornecedor e integram o contrato que foi celebrado. Ou seja, “tudo o que é dito e ofertado pelo vendedor, gerente, qualquer pessoa que fale em nome do fornecedor, já produz efeitos jurídicos, vincula o empresário, constitui cláusula contratual, cabendo, inclusive, execução específica”¹⁶⁷. Estas informações, embora ofertadas em momento pré-contratual, incorporam-se ao contrato, sobrepujando, inclusive, cláusula contratual que contrarie os seus termos, determinando a nulidade desta¹⁶⁸.

Percebe-se, desta forma, que as fases da relação de consumo não são estanques. Assim, a informação omitida pelo fornecedor no momento pré-contratual, pode determinar a ineficácia do vínculo contratual. De outro modo, a veiculação de informação, nesta fase de escolha do consumidor, agrega-se ao contrato. Portanto, o que se pretende é que as informações determinantes para a contratação de produtos e serviços não sejam sonegadas ao consumidor, em observância ao princípio da boa-fé objetiva. Requer-se do fornecedor que aja com lealdade, munindo o consumidor daquilo que é mais carente, de informação, por vezes, sendo necessário, mais que um alerta,

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 897.148 - MT. Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. TERCEIRA TURMA. Julgamento em 20/09/2007. DJ: 08/10/2007.

¹⁶⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 332.

¹⁶⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 328.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 328.

uma advertência, seja em um primeiro momento quanto ao produto ou serviço, seja mais adiante, quanto às minúcias do contrato. Neste diapasão, não basta um adimplemento formal do fornecedor, mas se busca a compreensão do consumidor. Ademais, deve-se atentar para a tempestividade da informação, haja vista as consequências de sua inobservância. Todos estes parâmetros gravitam em torno de uma mesma finalidade, fazer da informação instrumento mitigador da vulnerabilidade. Pois, por um lado, a vulnerabilidade é inerente ao consumidor, por outro, no entanto, o consumidor consciente dos moldes do contrato é fortalecido, aproximando-o da igualdade material com o fornecedor.

3.4 Informação deficiente e os acidentes de consumo

No capítulo dois deste trabalho, ao analisar-se a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, constatou-se a possibilidade do consumidor estar sujeito a danos decorrentes da violação do dever de informar. Estes danos relacionam-se a dois aspectos de proteção do consumidor, um deles visa garantir sua incolumidade físico-psíquica, protegendo sua saúde e segurança, o que traz à luz o conceito de vício de qualidade por insegurança. O outro, busca resguardar sua incolumidade econômica, em face de ameaça ao seu patrimônio, remete, pois, aos vícios de qualidade por inadequação.¹⁶⁹

Neste momento, empreende-se a elucidação dos vícios de qualidade por insegurança, uma vez que os vícios presentes na publicidade e contratos, antes descritos, atingem eminentemente o patrimônio do consumidor. Isto porque, em regra, veiculam informações sobre as qualidades intrínsecas do bem.¹⁷⁰

Os vícios de qualidade por insegurança estão relacionados ao conceito de fato do produto, ou acidentes de consumo, ou seja, não se consideram os danos decorrentes da depreciação do bem, mas aqueles provocados pelo próprio bem, os quais

¹⁶⁹ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

¹⁷⁰ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

colocam em risco a saúde e segurança dos consumidores.¹⁷¹ Estes vícios podem “ser conceituados como sendo a *desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo*”¹⁷². Desta forma, para que se configure o vício de qualidade por insegurança devem estar presentes estes dois elementos: capacidade de provocar acidentes e desconformidade em relação a uma expectativa legítima do consumidor.¹⁷³

Quase todo bem de consumo é capaz de causar acidentes, mas esta capacidade não basta para conceituá-lo como defeituoso, por isso é determinante a legítima expectativa do consumidor em relação a aquele. Esta, por sua vez, guarda estreita relação com a normalidade e previsibilidade do risco, o qual “é enxergado como a probabilidade de que um atributo de um produto ou serviço venha a causar dano à saúde humana”¹⁷⁴. Não se quer com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança, eliminar totalmente os riscos, pois isso seria impossível, mas que estes estejam de acordo com parâmetros aceitáveis de normalidade e previsibilidade. Da interpretação do *caput* do artigo 8º do CDC conclui-se que “os riscos qualificados como ‘normais e previsíveis’ serão tolerados pelos consumidores, desde que acompanhados de informações claras e precisas a seu respeito”¹⁷⁵. Destarte, produtos ou serviços que violem estes parâmetros consubstanciam-se em bens de consumo defeituosos nos termos dos artigos 12, §1º e 14, § 1º do CDC.

Diz-se que “as expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais”¹⁷⁶. Quando os produtos e serviços se conformam com esta expectativa são considerados “de periculosidade inerente”, quando em desacordo com ela “de periculosidade adquirida”. Existe ainda outro tipo de periculosidade, dita exagerada,

¹⁷¹ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

¹⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V. *Fato do produto e do serviço*. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 139.

¹⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman V. . *Fato do produto e do serviço*. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 139.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 139.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. ali. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I, p. 183.

¹⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. . *Fato do produto e do serviço*. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 141.

nesta a informação, ainda que adequada, prestada aos consumidores “não produz maior resultado na mitigação de seus riscos” ¹⁷⁷. Em outros termos, os produtos e serviços eivados deste tipo de periculosidade têm potencial danoso tão elevado “que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores” ¹⁷⁸. Por isso, tais produtos não podem sequer ser comercializados, são considerados defeituosos por ficção. Esta é a regra do artigo 10º do CDC, o qual dispõe: “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”.

Esta divisão reveste-se de importância porque, em regra, os danos decorrentes de periculosidade inerente não ensejam o dever de indenizar.¹⁷⁹ Assim, a periculosidade inerente é aquela dotada de normalidade, ou seja, está de “acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo)” ¹⁸⁰, e de previsibilidade, a qual se configura quando o consumidor está “total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo)” ¹⁸¹. Quanto ao elemento subjetivo, deve-se atentar “para as condições particulares de cada consumidor, principalmente para sua capacidade de conhecer e avaliar eventuais informações fornecidas acerca dos riscos do produto ou serviço” ¹⁸².

O direito à informação relaciona-se basicamente ao critério subjetivo da legítima expectativa do consumidor. Assim, para que o risco não surpreenda o consumidor, a Lei 8.078/90 em seu artigo 9º impõe ao fornecedor o ônus de informar, de maneira ostensiva e adequada, sobre produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança do consumidor.

¹⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. . Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 144-145.

¹⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. . Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 145.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 143.

¹⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. . Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 141.

¹⁸¹ Ibidem, p. 141.

¹⁸² BENJAMIN, Antônio Herman V. . Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 143.

Portanto, produtos e serviços que atentem contra a normalidade e previsibilidade são conceituados como de *periculosidade adquirida*, tornam-se, desta maneira, defeituosos, acarretando perigo à saúde e segurança dos consumidores. Estes defeitos, quanto a sua origem, podem ser divididos em três espécies: os defeitos de fabricação, os defeitos de concepção e os defeitos de comercialização, também denominados de informação ou de instrução.¹⁸³

Os defeitos de fabricação originam-se no momento em que o produto é manufaturado, desviando-se dos parâmetros de *design* ou funcionamento. Incluem-se nestes, “defeitos que surgem no momento do acondicionamento ou armazenamento” e “aqueles que, embora tecnicamente perfeitos, são penetrados por corpos estranhos”¹⁸⁴. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim leciona que não obstante à impossibilidade de fabricação de serviços, estes também estão sujeitos a apresentarem defeito de fabricação, bastando para tanto que “ao ser executado, afaste-se do *standard* de qualidade e segurança fixado pelo próprio fornecedor”¹⁸⁵. Estes defeitos têm como características a inevitabilidade de sua ocorrência, a previsibilidade estatística e a manifestação limitada.¹⁸⁶

Ao lado dos defeitos de fabricação estão os defeitos de concepção ou por falha de criação. Como anteriormente explicitado, o defeito daqueles surge na linha de produção, na execução do projeto, já os bens com defeito de concepção apresentam erro desde sua idealização, em seu projeto ou fórmula. Assim, este defeito “não se limita a apenas um ou outro produto ou serviço da cadeia de produção, mas, ao revés, manifesta-se em todos os produtos daquela série ou em todos os serviços executados”¹⁸⁷. Têm ainda como traços fundamentais a dificuldade de previsão estatística e a inevitabilidade.¹⁸⁸

¹⁸³ BENJAMIN, Antônio Herman V. . Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 144.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 151.

¹⁸⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. . Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 152.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 151-152.

¹⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. . Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 152.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 152.

Portanto, em razão da inevitabilidade desses defeitos (tanto os de fabricação como de concepção) é que se origina o dever de informar do fornecedor quando deles tiver ciência, mesmo após sua introdução no mercado de consumo, esta é a regra contida no artigo 10º, § 1º do CDC.¹⁸⁹

Instrumento que se coaduna com esta norma é o chamado “recall”, por meio do qual o fornecedor de serviços vai a público informar os consumidores de determinado serviço ou produto que este pode ocasionar acidentes de consumo. Para satisfazer à finalidade do *recall* não basta somente divulgar, de forma genérica, que o produto ou serviço tem defeito, mas descrevê-lo, assim como seus riscos. A este alerta emitido pelo fornecedor soma-se sua responsabilidade em substituir ou reparar produto ou serviço defeituoso. Ou seja, o *recall*, advindo do reconhecimento de um defeito, se vale eminentemente de informação para evitar ou diminuir os acidentes de consumo.¹⁹⁰

Em relação às informações devidas ao consumidor após a colocação de produto ou serviço defeituoso no mercado de consumo, o Poder Público tem responsabilidade concorrente a dos fornecedores, assim reza o § 3º do artigo 10º do CDC: “sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito”.

Embora permeie a matéria concernente aos defeitos de fabricação e concepção, a informação ganha maior relevo ao tratar-se dos defeitos de comercialização. Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha “nos defeitos de informação os produtos apresentam uma defeituosidade formal, porque o defeito não é intrínseco ao produto, mas é insuficiente ou errônea a informação”¹⁹¹ sobre ele. Pois o produto, mesmo não sendo intrinsecamente perigoso, devido à sua utilização incorreta ou descuidada, motivada pela falta de informação ou incorreção desta, poderá tornar-se prejudicial à saúde e segurança dos consumidores.¹⁹² Desta feita, o defeito de

¹⁸⁹ Art. 10, §1º: O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentam deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

¹⁹⁰ Publicação “Entenda o Recall” do DPDC, em conjunto com o Grupo de Estudos de Acidentes de Consumo (Gepac) – Ministério da Justiça.

¹⁹¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

¹⁹² MELO, Nehemias Domingos de. Da defesa do consumidor em juízo: *por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103.

comercialização ou de informação decorre de falha do fornecedor em seu dever de informar sobre a utilização adequada e riscos de produtos e serviços.¹⁹³

Os artigos 12 e 14 do CDC disciplinam a responsabilidade do fornecedor por danos advindos de defeitos em produtos e serviços, quanto aos defeitos de comercialização rezam que o fornecedor é responsável por defeitos decorrentes da “apresentação”, assim como “por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. A informação, em regra, precede ou acompanha o bem de consumo¹⁹⁴. Por isso, as informações a que se referem os dispositivos legais supracitados podem ser aquelas veiculadas por meio de publicidade, rótulo ou embalagem¹⁹⁵. James Marins acrescenta ainda as instruções técnicas e as demonstrações práticas¹⁹⁶. Para este autor, a apresentação do produto está atrelada ao conhecimento do consumidor no que tange às suas virtudes, como também ao seu risco potencial.¹⁹⁷

Constata-se, pois, uma relação direta entre o grau de informação do consumidor e a segurança que o bem de consumo apresenta, pois aquela tem o condão de prevenir, advertir e orientar o consumidor acerca do uso adequado e riscos dos produtos e serviços, velando pelo critério subjetivo da legítima expectativa do consumidor, qual seja, sua previsibilidade.¹⁹⁸

Esta atenção com a informação advém, principalmente, do reconhecimento de que a periculosidade inerente pode-se transformar em periculosidade adquirida em virtude de carência informativa. Assim, os produtos e serviços de periculosidade inerente, desde que acompanhados de informações que proporcionem ao consumidor a previsibilidade de que deles se esperam, não podem ser considerados defeituosos.¹⁹⁹ Da mesma forma, a informação inadequada retira do risco do produto ou

¹⁹³ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 153.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 153.

¹⁹⁵ MELO, Nehemias Domingos de. Da defesa do consumidor em juízo: *por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103.

¹⁹⁶ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: *os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.120-121.

¹⁹⁷ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: *os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 120.

¹⁹⁸ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: *os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 126.

¹⁹⁹ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141-143.

serviço sua previsibilidade, deixando o consumidor desprotegido em face de sua potencialidade danosa.

Situação em que foi violada a legítima expectativa do consumidor, em relação ao produto que estava consumindo, pode-se extrair do julgamento do Recurso Especial interposto pela Companhia de Bebidas das Américas em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em ação civil pública movida pela Associação Brasileira de Defesa da Saúde do Consumidor, proibira aquela de comercializar a cerveja da marca “Kronenbier” que contivesse em seu rótulo a expressão “sem álcool”, pois, embora veiculasse em suas latinhas esta expressão, a cerveja continha entre 0,30 g/100g e 0,37g/100g de álcool em sua composição. O STJ entendeu que a conduta da fornecedora feria o direito do consumidor à informação, fazendo-o incorrer em erro, podendo causar danos irreparáveis à sua saúde. É o que se depreende da ementa de julgamento do Recurso Especial nº 1.181.066 – RS:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO ADEQUADA. PROTEÇÃO À SAÚDE. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DE ASSOCIAÇÃO CIVIL. DIREITOS DIFUSOS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA DOS ASSOCIADOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ARTS. 2.º E 47 DO CPC. NÃO PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. CERVEJA KRONENBIER. UTILIZAÇÃO DA EXPRESSÃO “SEM ÁLCOOL” NO RÓTULO DO PRODUTO. IMPOSSIBILIDADE. BEBIDA QUE APRESENTA TEOR ALCÓOLICO INFERIOR A 0,5% POR VOLUME. IRRELEVÂNCIA, *IN CASU*, DA EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR QUE DISPENSE A MENÇÃO DO TEOR ALCÓOLICO NA EMBALAGEM DO PRODUTO. ARTS. 6.º E 9.º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

[...] A comercialização de cerveja com teor alcoólico, ainda que inferior a 0,5% em cada volume, com informação ao consumidor, no rótulo do produto, de que se trata de bebida sem álcool, a par de inverídica, vulnera o disposto nos arts. 6.º e 9.º do CDC, ante o risco à saúde de pessoas impedidas ao consumo.²⁰⁰

Sabe-se que o consumo de álcool em excesso é nocivo à saúde humana, mas os riscos decorrentes de sua ingestão são considerados previsíveis, ou seja, a bebida alcoólica é produto de periculosidade inerente. No entanto, ao fazer constar da embalagem do produto a expressão “sem álcool” o fornecedor malferiu a legítima

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.181.066- RS. Rel. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA. TERCEIRA TURMA. Data de Julgamento: 15/03/2011. Dje.: 31/03/2011.

expectativa do consumidor, sobretudo daquele que por prescrição médica está impedido de consumi-lo, transformando-o em produto de periculosidade adquirida. Assim, não se argumentou naquela demanda sobre defeitos materiais do produto, mas sobre evidente defeito de comercialização, ocasionado por informação inadequada contida em seu rótulo.

Do exposto, depreende-se que o consumidor depende das informações veiculadas pelo fornecedor para resguardar sua saúde e segurança, consequência direta da vulnerabilidade daquele. Assim, porque o consumidor necessita e devota confiança nas informações prestadas pelo fornecedor é que este deve cuidar para que sejam adequadas e suficientes. Este dever de informação em favor da preservação da saúde e segurança do consumidor, seja quando da colocação do produto ou serviço no mercado ou em momento posterior, exerce influência direta na mitigação dos riscos e danos, sejam eles advindos dos defeitos de concepção, fabricação, ou comercialização, mas com maior atenção para os últimos, em virtude da manifestação do defeito desprender-se do próprio bem, originando-se, ao revés, da própria falha de informação.

Conclui-se, assim, que o consumidor que fora informado, em sua aceção mais ampla, dos riscos de produtos e serviços, tem sua legítima expectativa em relação a aqueles protegida, tornando-os, sobretudo, previsíveis, ou seja, os riscos não o surpreendem. A relevância disso está na natureza dos bens jurídicos tutelados, saúde e segurança dos consumidores, os quais diante de “surpresas” desagradáveis advindas de defeitos podem ser afetados de forma irreversível. Neste diapasão, a fragilidade do consumidor revela-se no desconhecimento de estar ou não frente a um produto ou serviço que lhe coloque em situação de risco, ou melhor, em que aqueles estejam de acordo sua legítima expectativa. No entanto, ainda que estejam em desacordo com esta, como no caso de bens de periculosidade adquirida, o dever de informar cumpre papel preventivo, com o propósito de evitar danos, como quando se lança mão do *recall*.

Informar, na seara da prevenção de acidentes de consumo, é minimizar a ocorrência destes, quer por meio de instruções ou advertências, quer retirando os produtos defeituosos do mercado ou impedindo que aqueles de periculosidade inerente tornem-se defeituosos por falha de informação.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, percebe-se que a vulnerabilidade é determinante quanto à própria identificação do consumidor e, por isso, do alcance da relação de consumo. Podendo-se citar ao menos quatro tipos de manifestação da vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a socioeconômica e a informacional. Esta última compõe todos os outros tipos de vulnerabilidade e pode ser encarada como derivada da vulnerabilidade técnica. O que se vê entre a vulnerabilidade informacional e os outros tipos de vulnerabilidade é que ora aquela faz parte da essência destes, ora tem com eles uma relação de causa e efeito. É impossível notar-se a vulnerabilidade técnica sem o conceito de déficit de informação. De outro lado, o consumidor vulnerável juridicamente o é, em grande medida, porque não tem informação sobre os seus direitos e sua defesa. Da mesma forma, o consumidor mais carente poderá ter sua vulnerabilidade informacional majorada, pois quanto menor o poder aquisitivo menores são as chances de adquirir conhecimento.

Diante desse déficit de informação característico do consumidor, o ordenamento jurídico nacional, mormente na figura do Código de Defesa do Consumidor, atribui ao consumidor o direito básico de ser informado, impondo ao fornecedor de produtos e serviços o correspondente dever de informar. Neste diapasão, o direito à informação constitui-se em verdadeiro direito-função na persecução dos objetivos de transparência, lealdade, cooperação e cuidado, determinados pela boa-fé objetiva. Ou seja, a efetividade desses objetivos está permeada pela necessidade de informar. Em outras palavras, aqueles fins serão alcançados por meio da informação.

Por isso, é necessário que a informação revista-se das características básicas descritas no artigo 31 do CDC. O seu conteúdo, no entanto, dependerá das peculiaridades do produto ou serviço. Esta atenção com a informação decorre do reconhecimento de sua função de equilibrar a relação de consumo, mormente no momento da formação do vínculo jurídico entre consumidor e fornecedor, pois tem o caráter de fortalecer a autonomia do consumidor, assegurando-lhe uma decisão mais consciente, conseqüentemente, seu direito de escolha.

Ressalte-se que a informação pode ser veiculada por diversos meios, cite-se, como exemplo, a publicidade, os rótulos de produtos e os contratos. Neste contexto, a informação veiculada por meio de publicidade deve mais que incitar o

consumo, preservar as legítimas expectativas do consumidor, decorrentes da confiança nela depositada, impondo-se a ela, em decorrência disso, obediência a alguns princípios, dentre os quais, o princípio da identificação da publicidade, da transparência da fundamentação, da proibição da publicidade enganosa e abusiva e, por fim, da vinculação publicitária. Assim, o dever de informação na publicidade visa sua conformação com os princípios antes expostos, limitando a atuação persuasiva da mensagem e identificando-a com critérios aceitáveis e não danosos ao consumidor.

Da mesma forma, o contrato está imbuído de informações, as quais, mais que vincular o consumidor, devem facilitar sua compreensão acerca dos termos daquele. Não basta, pois, para adimplir o dever de informação somente um atendimento formal às estipulações legais, *mister* declarar ao consumidor o sentido das cláusulas contratuais, sobretudo daquelas que impliquem limitação de direito. Além da clareza física e semântica deve-se observar o momento da exposição destas cláusulas ao consumidor, inadmitindo-se que seja posterior ao ato da contratação. Destarte, se o consumidor não for informado antecipadamente sobre o conteúdo do contrato, suas reais implicações, não estará obrigado a cumpri-lo, esta é a regra do artigo 46 do CDC.

Assim, a informação omitida pelo fornecedor no momento pré-contratual pode determinar a ineficácia do vínculo contratual. Diante disso, nota-se que as fases da relação de consumo não são estanques, o que pode ser provado também pelas disposições do artigo 30, permeado pelo princípio da vinculação e precisão, assim como do artigo 48, ambos da Lei 8.078/90. Segundo estes dispositivos legais, as informações prestadas na fase pré-contratual têm a propriedade de alargar o conteúdo do contrato, isto porque toda informação ou publicidade, desde que precisas, e as declarações de vontade escritas vinculam o fornecedor e integram o contrato que foi celebrado.

Portanto, o que se pretende é que as informações determinantes para a contratação de produtos e serviços não sejam sonegadas ao consumidor, em observância ao princípio da boa-fé objetiva. Requer-se do fornecedor que aja com lealdade, munindo o consumidor daquilo que é mais carente, de informação, por vezes, sendo necessário, mais que um alerta, uma advertência, seja em um primeiro momento quanto ao produto ou serviço, seja mais adiante, quanto às minúcias do contrato.

Neste diapasão, não basta um adimplemento formal do fornecedor, mas se busca a compreensão do consumidor. Ademais, deve-se atentar para a tempestividade da informação, haja vista as conseqüências de sua inobservância. Todos estes parâmetros gravitam em torno de uma mesma finalidade, fazer da informação instrumento mitigador da vulnerabilidade. Pois, se por um lado, a vulnerabilidade é inerente ao consumidor, por outro, no entanto, o consumidor consciente dos moldes do contrato é fortalecido, aproximando-o da igualdade material com o fornecedor.

Frise-se que além da proteção e defesa do patrimônio do consumidor, a informação tem a função de resguardar sua saúde e segurança. Existe, assim, uma relação direta entre o grau de informação do consumidor e a segurança que o bem de consumo apresenta, pois aquela tem o condão de prevenir, advertir e orientar o consumidor acerca do uso adequado e riscos dos produtos e serviços. Neste diapasão, a fragilidade do consumidor revela-se no desconhecimento de estar ou não frente a um produto ou serviço que lhe coloque em situação de risco, ou melhor, em que aqueles estejam de acordo sua legítima expectativa. No entanto, ainda que estejam em desacordo com esta, como no caso de bens de periculosidade adquirida, o dever de informar cumpre papel preventivo, com o propósito de evitar danos, como quando se lança mão do *recall*. Desta feita, informar, na seara da prevenção de acidentes de consumo, é minimizar a ocorrência destes, quer por meio de instruções ou advertências, quer retirando os produtos defeituosos do mercado ou impedindo que aqueles de periculosidade inerente tornem-se defeituosos por falha de informação. Deste modo, porque o consumidor necessita e devota confiança nas informações prestadas pelo fornecedor é que este deve cuidar para que sejam adequadas e suficientes.

Assim, a informação tem o poder de fortalecer a autodeterminação do consumidor, possibilitando-lhe uma escolha consciente, em face da publicidade agressiva e de contratos redigidos de maneira unilateral pelo fornecedor, resguardando, em princípio, seu patrimônio. De outro lado, a informação confere segurança ao consumidor frente a produtos e serviços perigosos, sejam de periculosidade inerente ou adquirida. Desta maneira, a vulnerabilidade, embora traço característico do consumidor, tem seus efeitos, em parte, abrandados pelo cumprimento do dever de informar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O código de defesa do consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: alguns apontamentos. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.

Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.80-81.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: *direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2011. p. 277. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40533>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

_____. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 137-167.

_____. Oferta e publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 211-250.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed., São Paulo: RT, 2009.

_____. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. p. 316-364.

BITENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. In: *Revista da Emerj*, v. 7, n. 25, 2004, p. 248-265.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 novembro 2011.

_____. Decreto 5903, de 20 de setembro de 2006, artigo 2º, parágrafo primeiro, inciso II. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5903.htm>. Acesso em: 03 novembro 2011.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 março 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 774.035 – MG. Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. TERCEIRA TURMA. Julgamento em 21/11/2006. DJ: 05/02/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 814.060 – RJ. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. Julgamento em 06/04/2010. DJe: 13/04/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.219.406 – MG. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. Julgamento em 15/02/2011. DJe 18/02/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 897.148 - MT. Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. TERCEIRA TURMA. Julgamento em 20/09/2007. DJ: 08/10/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.181.066- RS. Rel. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA. TERCEIRA TURMA. Data de Julgamento: 15/03/2011. DJe.: 31/03/2011.

_____. Ministério da Justiça. *Entenda o Recall*. 2010. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BB5920EBA-9DBE-46E9-985E-033900EB51EB%7D>. Acesso em: 25 jun. 2012.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de São Paulo*, São Paulo, Vol. 2, n. 2, p. 193-217, 2005. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ms/index.php/RFD/article/viewFile/478/475>. Acesso em: 15 abril 2011.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.315-356.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p.175-187.

CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: *O corpo objeto das relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et. ali. Código brasileiro de defesa do consumidor: *comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, p. 4, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>. Acesso em: 02 mar. 2011.

MALFATTI, Alexandre Davi. *O direito de informação no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: *os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. 3, p. 445-526.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003, p. 119-429.

_____. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. p. 80-106.

MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 277-318.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: *sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO, Nehemias Domingos de. Da defesa do consumidor em juízo: *por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2 ed., Porto Alegre: Síntese, 2001.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 431-465.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. Consumidor e noção de vulnerabilidade. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 515-548.

PAESANI, Liliana Minardi. A publicidade móvel e a vulnerabilidade do consumidor. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Boa-fé e ordem pública: os fundamentos da publicidade consumerista. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 157-167.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. O controle jurídico da publicidade no CDC. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno / Antonio Carlos Morato, Paulo de Tarso Neri – organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 176-182.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro. In: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco*: aspectos civis e processuais, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 195-211.